DIE WETTBEWERBSREGELN NACH §§ 28 ff. GWB UND DAS RECHT DES UNLAUTEREN WETTBEWERBS

Rolf Sack

1968

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547604_0001

DIE WETTBEWERBSREGELN NACH §§ 28 ff. GWB UND DAS RECHT DES UNLAUTEREN WETTBEWERBS

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Rolf Sack
aus Erlangen

1969

Dissertationsdruck - SCHÖN - 8 München 23 · Belgradstraße 11

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Karl Peters
1. Berichterstatter: Professor Dr. Ludwig Raiser
2. Berichterstatter: Professor Dr. Wolfgang Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Dezember 1968

G L I E D E R U N G

Seite

Einleitung 1

TEIL I: Lauterkeitsverträge und Kartellverbot 5
A. Die Problematik der Lauterkeitsverträge 5
B. Lauterkeitsverträge und die §§ 28 ff. GWB 6
C. Unlauterer Wettbewerb und § 1 GWB 9
I. Die Beschränkung unlauteren Wettbewerbs und der Wortlaut von § 1 GWB 10
a. "Wettbewerb" 10
1. Weite Auslegung des Begriffs "Wettbewerb" 11
2. Enge Auslegung des Begriffs "Wettbewerb" 13
b. "Beschränkung des Wettbewerbs" 15
c. Formale - materielle Wettbewerbsbeschränkung 17
d. "Beeinflussung der Marktverhältnisse" 19
e. Ergebnis 21
II. Die Beschränkung unlauteren Wettbewerbs: Sinnzusammenhang und Motive von § 1 GWB 23
a. "Nur der lautere Wettbewerb ist frei" - § 1 GWB 23
b. Schutzbereich des GWB - § 1 GWB 24
1. "Enge Verzahnung" von UWG und GWB 24
2. Subsidiarität von UWG und GWB ? 25
3. Schutz des unlauteren Wettbewerbs durch das GWB ? 26
4. Schluß vom Gesetzeszweck auf den Inhalt einer einzelnen Norm ? 27
c. Das Verhältnis von § 1 GWB zu den §§ 2 - 8, 28 ff. GWB 27
1. Das Verhältnis von § 1 I 1 GWB zu § 1 I 2, §§ 2 ff. GWB 29
2. Rule of Reason - §§ 2 ff., 28 ff. GWB 30
3. § 8 GWB - Ausnahmegeneralklausel 31
4. §§ 28 ff. GWB und Lauterkeitsverträge 34
4.1. Begründung zum Regierungsentwurf 35
4.2. Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrats zum Regierungsentwurf des GWB 35
4.3. Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses 36
5. Präventive kartellbehördliche Kontrolle 38
Ergebnis 41

TEIL II: Lauterkeitsbezogenheit von Wettbewerbsregeln 42
Kap. 1: Stand der Meinungen 42
I. Überblick 42
II. Systematische Zusammenfassung des Überblicks 44
Kap. 2: Der zulässige Inhalt der Lauterkeitsregeln nach § 28 II 1 GWB 46
A. Die Auslegung des Wortlauts von § 28 II 1 GWB 46
I. § 28 II GWB unterscheidet Lauterkeits- und Förderungsregeln ! 46
II. Der Wortlaut von § 28 II 1 GWB 47
Ergebnis 52
B. Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 28 II 1 GWB durch das Kartellverbot des § 1 GWB (Mittelbare Lauterkeitsbezogenheit und § 1 GWB 52
I. Der Inhalt und die Aufstellung von Wettbewerbsregeln 53
II. Vereinbarungen über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln und § 1 GWB 54
a. § 29 GWB und § 1 GWB 54
1. § 29 GWB enthält keine Ausnahmeermächtigung vom Kartellverbot des § 1 GWB 54
2. § 29 GWB als Ausnahmeermächtigung vom Kartellverbot 56
b. § 31 I GWB und § 1 GWB 58
c. Das Verhältnis von § 1 I 2 GWB zu den §§ 28 ff. GWB 60
1. Umschreibung des schutzfähigen Wettbewerbs durch eingetragene Wettbewerbsregeln 60
2. Umschreibung des schutzfähigen Wettbewerbs durch eingetragene und nicht eingetragene Wettbewerbsregeln 61
d. § 81 II GWB a. F. 62
e. Zusammenfassung 62
C. §§ 28 ff. GWB als Ausnahmevorschriften zu § 1 GWB 63
I. Argumentation vom Zweck der Wettbewerbsregeln her 63
II. Wortlaut von § 29 GWB 65
III. Motive zu § 29 GWB 66
IV. § 29 GWB und die Lauterkeitsverträge 66
Kap. 3: Der zulässige Inhalt der Förderungsregeln nach § 28 II 2 GWB 67
A. Überblick über die vertretenen Meinungen 68
I. Unmittelbarer Lauterkeitsbezug 68
II. Mittelbarer Lauterkeitsbezug: Förderung der Lauterkeit 69

a. Keine Unterscheidung zwischen § 28 II 1 und § 28 II 2 GWB 69
b. Unterscheidung zwischen § 28 II 1 und § 28 II 2 GWB 70
III. Einschränkung der Lauterkeitsbezogenheit 71
IV. Kein Lauterkeitsbezug: Förderung des Wettbewerbs 73
B. Auslegung von § 28 II 2 GWB nach Wortlaut, Sinnzusammenhang und gesetzgeberischen Motiven 75
I. Wortlaut von § 28 II 2 GWB 75
II. Der Sinnzusammenhang von § 28 II 2 GWB 78
a. Zweck des GWB - Zweck der §§ 28 ff. GWB 78
b. Verhältnis von § 31 I GWB zu § 28 II GWB 80
1. Lauterkeitsregeln 80
1.1. Zu weite Auslegung des UWG durch Wettbewerbsregeln 80
1.2. Zu enge Bestimmung des Unlauterkeitsbereichs 81
2. Wettbewerbsförderungsregeln 81
c. Bedeutung der Lauterkeitsregeln neben den Förderungsregeln 82
III. Die gesetzgeberischen Motive 83
C. Abgrenzung der Lauterkeitsregeln von den Wettbewerbsförderungsregeln 88

TEIL III: Die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs 90
Kap. 1: Die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs bestimmen den Inhalt und die Grenzen der Wettbewerbsregeln 90
Kap. 2: Die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs als anerkannter Rechtsbegriff des allgemeinen Wettbewerbsrechts 92
I. Keine Definition des Begriffs "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" im GWB 92
II. Das allgemeine Wettbewerbsrecht kennt nur den Begriff des unlauteren Wettbewerbs 92
III. Die "graue Zone" 93
a. Zwischenbereich zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb ? 93
b. Graue Zone des Zweifels 96
c. Graue Zone und § 1 GWB 96
IV. Ergebnis 98

Kap. 3: Die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs"
Überblick über die vertretenen Ansichten 99
a. Ansichten in der Literatur 99
1. Die guten Sitten bestimmen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs 99
2. Standesethik 100
3. Verstoß gegen alle Normen des UWG 101
4. Verstoß gegen das UWG und seine Nebengesetze 101
5. Verstoß gegen sonstige rechtliche Vorschriften 101
6. Verstoß gegen den Leistungswettbewerb 101
b. Auslegung des Begriffs "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" durch das BKartA 102
1. Unlauterer Wettbewerb = Verstoß gegen die guten Sitten und gegen andere wettbewerbsrechtliche Vorschriften 102
2. Unlauterer Wettbewerb = sittenwidriger, sittlich verwerflicher Wettbewerb i. S. v. § 1 UWG 103
3. Unlauterer Wettbewerb = Verstoß gegen alle Vorschriften des UWG und andere sittlichrechtlich fundierte Normen 104
4. Unlauterer Wettbewerb = Verstoß gegen die guten Sitten und sittlich fundierte Wettbewerbsvorschriften 105
c. Eigene Stellungnahme 106
1. Spezifisch kartellrechtlicher Lauterkeitsbegriff ? 106
2. Kein spezifisch kartellrechtlicher Lauterkeitsbegriff ! 107

TEIL IV: Der unlautere Wettbewerb 110
Kap. 1: Das Verhältnis von unlauterem, sittenwidrigem und unerlaubtem Wettbewerb 110
(Überblick über die vertretenen Ansichten)
A. Der Begriff "unlauterer Wettbewerb" im UWG von 1896 110
B. Die Begriffe "unlauterer Wettbewerb" und "sittenwidriger Wettbewerb" bei Erlaß des UWG von 1909 113
C. Wandlung der Begriffe "unlauterer Wettbewerb" und "sittenwidriger Wettbewerb" nach Erlaß des UWG von 1909 115
I. Ansicht von CALLMANN 116

II. Ansicht von BAUMBACH-HEFERMEHL 117
a. Unlauterer Wettbewerb und sittenwidriger Wettbewerb 117
b. Unerlaubter Wettbewerb und unlauterer Wettbewerb i. w. S. 118
D. Zusammenfassung 119
I. Unlauterkeit 119
a. Unlauterkeit i. w. S. 119
b. Unlauterkeit i. e. S. 120
II. Sittenwidrigkeit 120
a. Sittenwidrigkeit i. w. S. 120
b. Sittenwidrigkeit i. e. S. 120
Kap. 2: Der Begriff "unlauterer Wettbewerb" im Wettbewerbsrecht (Recht des unlauteren Wettbewerbs; Unlauterkeitsrecht) 121
I. "Unlauterer Wettbewerb" und die Sondertatbestände des UWG 121
a. Gesetzesüberschrift 121
b. Gesetzesgeschichte 122
c. "Makeltheorie" 123
d. Würdigung der Argumente 123
II. "Unlauterer Wettbewerb" und die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften außerhalb des UWG 123
III. Ergebnis 124

TEIL V: Der sittenwidrige Wettbewerb 126
Kap. 1: Der Rechtsbegriff der "guten Sitten" 126
A. Bestehende Sitten als Maßstab ? 126
B. Gebote der Ethik, Moral und Sittlichkeit 128
I. Philosophische Lehren zur Ethik, Moral und Sittlichkeit 129
a. Autonome Ethik - heteronome Ethik 129
b. Subjektive Moral - objektive Moral 130
c. Individualethik - Sozialethik 132
1. Abgrenzung 132
2. Autonome Moral - Sozialmoral 133
3. Idee des Guten - Idee der Gerechtigkeit 134
4. Anstandsgefühl - Sittlichkeitsgefühl 134
II. Systematische Zusammenfassung 135
a. Subjektive Moral 135
b. Objektive Moral 135
c. Subjektive und objektive Moral 135
III. Ergebnis 136

C. Die Gebote des Rechts und ihr Verhältnis zur Moral 136
I. "Ethikfreie" Rechtsnormen 137
II. Rechtlich irrelevante Moralnormen 137
III. Ethisch fundierte Rechtsnormen 138
D. Ergebnis 140
Kap. 2: Bestimmungsgründe für die "guten Sitten" im Wettbewerb im Sinne von § 1 UWG 140
A. Die gesetzgeberischen Motive 142
I. Verwerfliche Gesinnung, Gesinnungsmangel 142
II. Bestehende Geschäftsmoral 143
III. Objektiver und subjektiver Sittenverstoß 145
IV. Funktion von § 1 UWG 146
V. Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden 147
a. Der maßgebliche Personenkreis 147
b. Erkenntniswert der Formel "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" für die Ermittlung der guten Sitten im Wettbewerb nach § 1 UWG 148
VI. "Neminem laedere" 152
VII. Ergebnis 155

Zusammenfassung und Ergebnis 158

LITERATURVERZEICHNIS

Abott, Lawrence, Qualität und Wettbewerb, 1958

Alexander - Katz, Günther, Moderne Fälle unlauteren Wettbewerbs, 2. Aufl., 1933

Alexander - Katz, Richard, Gutachten über: Empfiehlt sich die Einführung gesetzlicher Maßnahmen gegen den unlauteren Wettbewerb ? Verhandlungen des 23. deutschen Juristentags, Gutachten I, S. 127 ff., 1895

Antoni, Manfred, Die vergleichende Werbung, BB 1962, 1171 ff.

Arzt, Gunther, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, Dissertation Tübingen, 1962

Bachof, Otto, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des BVerwG, Bd. II, 1967

Ballerstedt, Kurt, Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ? in: Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 179 ff.

Barnikel, Hans-Heinrich, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, WuW 1961, 246 ff.

Baudouin-Bugnet, Das klassische Wettbewerbsrecht in Frankreich, WuW 1953, 351

Baumbach, Adolf, Verschulden und Sittenwidrigkeit im Wettbewerbsrecht, JW 1930, 1643

Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., 1960, zit.: Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl.

Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I Wettbewerbsrecht, 9. Aufl., 1964, zit.: Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl.

Becher, Ernst, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 2. Aufl., 1932

Behrens, Friedrich-Stephan, Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1958, 481

Benisch, Werner, Wettbewerbsregeln der "grauen Zone", WuW 1956, 643 ff.

Benisch, Werner, Schutz des Leistungswettbewerbs, 1966

Benisch, Werner, Zur Rechtspraxis des Bundeskartellamtes auf dem Gebiet der Wettbewerbsregeln, DB 1963, 953

Benisch, Werner, 10 Jahre Praxis des Bundeskartellamtes, in: 10 Jahre Kartellgesetz, 1958 - 1968, Eine Würdigung aus der Sicht der deutschen Industrie, 1968, S. 11 ff.

Benisch, Werner, Kartellrechtliche Grundlagen der Gegengewichtsbildung, in: Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung, Bd. III, Bartholomeyczik/Benisch, Rechtsgrundlagen der Gegengewichtsbildung, 1966, S. 65 ff.

Benkendorff, Gerhard, Inhalt und Eintragung von Wettbewerbsregeln, WuW 1958, 416

Benkendorff, Gerhard, Was ist unter "Beeinflussung der Marktverhältnisse" in § 1 GWB zu verstehen ? WRP 1962, 146

Biedenkopf, Kurt, Zur Selbstbeschränkung auf dem Heizölmarkt, BB 1966, 1113

Biedenkopf, Kurt, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 113 ff.

Bock, H., § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, BB 1958, 957

Bockelmann, Paul, Einführung in das Recht, 1963
zit.: Bockelmann, Einführung

Böhm, Franz, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933

Böhm, Franz, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, 1950

Borchardt - Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, 1957

v. Brauchitsch, M., Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Neu hrsg. v. C. H. Ule, Bd. VIII Wirtschaftsverwaltungsrecht II, Abschn. VIII Kartellrecht, bearb. von Uwe Jessen, Günter Reimann, Kurt Zweigert
zit.: v. Brauchitsch, Kartellrecht

Breithaupt, Walter, Die guten Sitten, JZ 1964, 283

Breuel, Ernst Jürgen W., Wettbewerbsregeln und Kartellverbot, Dissertation Köln, 1958

Brugger, Gustav, Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, 467

v. Brunn, J. H., Verträge über die Grenzen der guten Sitten im Wettbewerbsrecht, GRUR 1949, 145

v. Brunn, J. H. Die wettbewerbsläuternde Vereinbarung in: Festschrift für Rudolf Isay, 1956, S. 167 ff.

Büntig, H., Zum Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1958, 62

Burmann, Hans Franz, Wettbewerb als sinnvariabler Rechts- und Wirtschaftsbegriff. Entwicklungstendenzen des Wettbewerbsrechts - Wettbewerbsrecht als Funktionsrecht. WRP 1967, 240

Bussmann, Kurt - Pietzcker, Rolf - Kleine, Heinz, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, begründet von Elster 3. Aufl., 1962, zit.: Bussmann-Pietzcker-Kleine

Callmann, Rudolf, Der unlautere Wettbewerb, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., 1932

Dahm, Georg, Deutsches Recht, 2. Aufl., 1963

Delius, Harald, "Ethik" in: Fischer-Lexikon der Philosophie, 1958, S. 71 ff.

Deringer, Arved, Bundesgerichtshof zum Empfehlungsverbot, BB 1960, 342

Döll, Hermann, Die Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr bei Wettbewerbsverstößen, BB 1965, 173

Dörinkel, Die Auswirkungen des neuen Kartellrechts auf die wirtschaftliche Praxis, WuW 1957, 607

Dörinkel, Wettbewerbsregeln in der Praxis, WuW 1960, 593

Droste, Karl, Die Generalklausel des § 1 UWG und das Richterrecht, DB 1963, 719

Droste, Karl, Recht, Moral und Sitte im Wettbewerb, WRP 1964, 65

Droste, Karl, Den Wettbewerb durch Unlauterkeit fördern ? WRP 1964, 300

Droste, Karl, Zum Begriff des "Sittenwidrigen" im Wettbewerb WRP 1965, 35

Elster, Alexander, Gewerblicher Rechtsschutz, 1921

Esser, Josef, Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates. Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie, 1949, zit.: Esser, Grundbegriffe

Eucken, Walter, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952

Evers, Hans-Ulrich, Zum unkritischen Naturrechtsbewußtsein in der Rechtsprechung der Gegenwart, JZ 1961, 241

Ewald, Heinz, Neue Erkenntnisse des Bundeskartellamtes. Zum Tätigkeitsbericht für das Jahr 1963, WRP 1964, 253

Ewald, Heinz, Diskriminierungsverbot und Wettbewerbsregeln, WRP 1967, 3-9

Fikentscher, Wolfgang, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958; zit.: Fikentscher, Rechtsschutz

Fikentscher, Wolfgang, Neuere Entwicklung der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, WuW 1961, 788

Fikentscher, Wolfgang, Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 1962; zit.: Fikentscher, Preisunterbietung

Fikentscher, Wolfgang, Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR AIT 1966, 181

Fikentscher, Wolfgang, Das Verhaltnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs im deutschen und europäischen Recht; in: Festschrift für Walter Hallstein, 1966, S. 127 ff.

Fikentscher, Wolfgang, Die Preislistentreue im Recht der Werbeagenturen, Rechtsgutachten, 1968

Finger, Chr., Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27.5.1896 nebst dem Recht an Namen (§ 12 BGB) und § 826 BGB, 2. Aufl., 1907

Flume, Werner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Bd.: Das Rechtsgeschäft, 1965

Frankfurter Kommentar, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von Kaufmann, Hahn, Kreifels, Lehmann, Rautmann, Hoffmann, Frühauf, Erlinghagen

Franzen, Hans, Auslegungsfragen im Recht der Wettbewerbsregeln, WuW 1957, 741

Franzen, Hans, Die Aufstellung und Anmeldung von Wettbewerbsregeln, BB 1963, 527

Frey, Gerhard, Die Beeinflussung der Marktverhältnisse im Sinne von § 1 GWB, WuW 1962, 17

Friedlaender, Heinrich, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, JZ 1957, 649

Gabriel, Siegfried L., Zum Begriff der "Wettbewerbsbeschränkung" im GWB, MA 1960, 247

v. Gamm, Otto Friedrich Frhr., Die Interessenabwägung im gewerblichen Rechtsschutz, WRP 1959, 227

v. Gamm, Otto Friedrich Frhr., Wettbewerbsrecht. Ein allgemein verständliches Handbuch, 1964

Germann, Oskar Adolf, Grundlagen der Rechtswissenschaft. Einführung in deren Probleme, Methoden und Begriffe, 1950

v. Gierke, Otto, Recht und Sittlichkeit, in: Logos VI, 1916/17, S. 211 ff., Nachdruck 1963

Gieseke, Paul, Recht am Unternehmen und Schutz des Unternehmens, GRUR 1950, 298

Gloede, Fritz, Wirtschaftsverbände und Wettbewerbsregeln in der Sicht des neuen deutschen Kartellgesetzes WRP 1958, 65

Goldschmidt, Werner, Der Aufbau der juristischen Welt, 1963

Griesbach, Bernhard, Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen BB 1962, 1011

Griesbach, Bernhard, Die Wettbewerbspolitik im Rahmen der allgemeinen Wirtschaftspolitik, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, 1968, S. 39 ff.

Günther, Eberhard, Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1960,
zit.: Eb. Günther, Relevanter Markt

Günther, Eberhard, Konkurrierende Ziele der Wirtschaftspolitik, MA 1961, 273

Günther, Eberhard, Zehn Jahre Bundeskartellamt: Rückblick und Ausblick, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, 1968, S. 11 ff.

Haberkorn, Kurt, Zum Kartellbegriff des § 1 GWB, GRUR 1960, 367

Halbey, Heinrich, Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Werbebeschränkungen nach § 1 GWB, WRP 1967, 77

v. Harder, Hermann L., Zum Unwerturteil der Werbeübersteigerung, GRUR 1962, 439

Hefermehl, Wolfgang, "Wettbewerbsrecht" in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften Bd. 12, 1965, S. 49 ff.

Heintzeler, Wolfgang, Die Grenzen zulässiger Preisunterbietung, Dissertation Tübingen, 1931

Henkel, Heinrich, Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts, 1964
zit.: Henkel, Rechtsphilosophie

Henner, G., Gegenstand und Inhalt von Wettbewerbsregeln, Dissertation Würzburg, 1962

Hermanns, Ferdinand, Der Wettbewerbsbegriff in der Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes, in: 10 Jahre Kartellgesetz, 1968, S. 157 ff.

Herzog, Hermann, Zum Begriff der guten Sitten im BGB, 1910

Hirsch, Ernst E., Kontrolle wirtschaftlicher Macht. Drei Vorlesungen zum deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1958

Höffner, Joseph, "Sozialethik" in: Staatslexikon, 6. Aufl. Bd. 7, 1962, Spalte 269 ff.

Hoffmeister, Johannes, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 2. Aufl., 1955

Hohenecker, Franz - Friedl, Gerhard, Wettbewerbsrecht, 1959

Horn, H. R., Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, 1962

Hubmann, Heinrich, Gewerblicher Rechtsschutz, 1962

Hubmann, Heinrich, Naturrecht und Rechtsgefühl, AcP 153, 297

Jaeger, Carl Hellmut, Wettbewerbsregeln - ein Mittel zur Marktordnung, WRP 1959, 339

Jellinek, Georg, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl., 1908

Kant, Immanuel, Grundlegung der Metaphysik der Sitten. Hrsg. von Karl Vorländer, Philosophische Bibliothek, Bd. 41, 3. unveränderte Auflage, 1947

Kartte, Wolfgang, Private Einfuhrbeschränkungen in kartellrechtlicher Sicht, DB 1962, 1677

Kaufmann, Arthur, Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart, JZ 1963, 137

Kellermann, Alfred, Wettbewerbsbeschränkung durch Wettbewerbsregeln, WuW 1965, 551

Kellermann, Alfred, Fairer Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, 1968, S. 61 ff.

Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960

Knöpfle, Robert, Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB, WuW 1962, 159

Knöpfle, Robert, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, 1966
zit.: Knöpfle, Wettbewerb

Knöpfle, Robert, Zum Rechtsbegriff "Wettbewerb" im Sinne des GWB. Eine Erwiderung, JZ 1968, 292

Knöpfle, Robert, Nochmals: Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht. Schlußwort, JZ 1968, 369

v. Köhler, Karl-Heinz, Polizeirecht und Kartellverbot, NJW 1959, 222

v. Köhler, Karl-Heinz, Die Problematik eines Gesetzes zur Förderung des Leistungswettbewerbs und die Wettbewerbsregeln, DB 1967, 29

Koenigs, Folkmar, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, GRUR 1958, 589

Koenigs, Folkmar, Preisbindungen, Diskriminierung und Wettbewerbsregeln in der Praxis des Bundeskartellamts, GRUR 1959, 578

Koenigs, Folkmar, Wechselwirkungen zwischen GWB und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, 1041

Kohler, Michael Martin, Das Verbrechen des unlauteren Wettbewerbs, 1901

Kooperationsfibel des Bundeswirtschaftsministeriums vom 29.10.1963 "Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen" WuW/E/BWM 119 ff. (WuW 1964, 35 ff.)

Kraft, Alfons,	Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, 1963, zit.: Kraft, Interessenabwägung
Krahe, Friedrich,	Wettbewerbsbegriff und Marktinformation, in: 10 Jahre Kartellgesetz, 1968, S. 167 ff.
Krasser, Rudolf,	Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Bd. IV, Frankreich, 1967 zit.: Ulmer-Krasser, Unlauterer Wettbewerb, Bd. IV, Frankreich
Kroitzsch, Hermann,	Die Wettbewerbsregeln in kartell- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, GRUR 1965, 12
Kübler, Friedrich,	Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit, 1966
Kuhna, Karlheinz,	Die Klage wegen unlauteren Wettbewerbs im französischen Recht, Dissertation Münster 1965
Kummer, Max,	Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, 1960
Langen, Eugen,	Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., 1965, zit.: Langen, KartG
Larenz, Karl,	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, zit.: Larenz, Methodenlehre
Lieberknecht, Otfried,	Regeln zur Förderung des Leistungswettbewerbs als Wettbewerbsregeln i. S. d. § 28 II GWB, in: Festschrift für Philipp Möhring, 1965, S. 67 ff.
Lobe, Adolf,	Die Generalklausel des neuen Wettbewerbsgesetzes, GRUR 1910, 3 ff.
Lobe, Adolf,	Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd. III: Materialien des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27.5.1896; 1907 zit.: Lobe III
Löffler-Wenzel,	Das Standesrecht der Verbände und das Kartellrecht, WRP 1960, 257
Lukes, Rudolf,	Der Kartellvertrag. Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen, 1959 zit.: Lukes, Kartellvertrag
Lukes, Rudolf,	Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 199 ff.

Mangold, Fritz, Preislistenzwang und heimliche Preisunterbietung, Dissertation Tübingen, 1963
zit.: Mangold, Preislistenzwang

Mayer, Otto, Die concurrence déloyale, Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZHR) Bd. 26 (1881) 363 ff., n. F. Bd. 11

Mayer-Wegelin, Heinz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), Der Wirtschaftskommentator, Teil C, Wirtschaftsrecht I (C III/1)
zit.: Mayer-Wegelin, GWB

Meyer-Cording, Ulrich, Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 1962, 461

Meyer-Cording, Ulrich, Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts, JZ 1964, 273 und 310

Miksch, Leonhard, Wettbewerb als Aufgabe. Grundsätze einer Wettbewerbsordnung, 2. Aufl., 1947

Möhring, Philipp, Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, WuW 1954, 387 und 493

Möhring, Philipp, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1963, 81 und 133

Müller, Heinz - Giessler, Gerhard, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) 2. Aufl., Stand Oktober 1968
zit.: Müller-Giessler, GWB

Müller-Henneberg, Hans - Schwartz, Gustav, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1958
zit.: GemK. 1. Aufl.

Müller-Henneberg, Hans, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl. 1963
zit.: GemK. 2. Aufl.

Nerreter, Paul, Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts, 1936
zit.: Nerreter, Grundlagen

Nipperdey, Hans Carl, Wettbewerb und Existenzvernichtung, 1930

Nipperdey, Hans Carl - Stumpf, Hermann, Wirtschaftsrecht, in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, Bd. II, Volkswirtschaft, 2. Aufl., 1966, S. 633 ff.
zit.: Nipperdey/Stumpf, Wirtschaftsrecht

Oehler, Hartmut, Wettbewerbsregeln als Instrument der Wettbewerbspolitik, Marburg, 1968
zit.: Oehler, Wettbewerbsregeln

Ohm, Hans, Definitionen des Leistungswettbewerbs und ihre Verwendungsfähigkeit für die praktische Wirtschaftspolitik, in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen. Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge Bd. 18; 1960

Paul, Willy, Vorrechte der Preisbinder ? NJW 1964, 129

Plassmann, Norbert, Die Bindung des Außenseiters, JZ 1963, S. 273 ff.

Plassmann, Norbert, Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht, JZ 1968, 81

Plassmann, Norbert, Nochmals: Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht. Erwiderung, JZ 1968, 368

Pleyer, Klemens, Zentralplanwirtschaft und Zivilrecht, 1965

Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1956

Radbruch, Gustav, Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1959

Rasch, Harold, Vereinbarungen zur Sicherung lauteren Wettbewerbs, BB 1954, 509

Rasch, Harold - Westrick, Klaus, Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht. Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Erläuterungen zum europäischen Kartellrecht, 3. Aufl., 1966
zit.: Rasch-Westrick, GWB, 3. Aufl.

Rauschenbach, Gerhard, Wirtschaftsrecht mit Kartellrecht, 1965,
zit.: Rauschenbach, Wirtschaftsrecht

Reimann, Günter, Wettbewerb und "gute Sitten", WuW 1957, 621

Reimann, Günter, Zur Unrechtsbewertung im Wettbewerbsrecht, WRP 1967. 42

Reimer, Dietrich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Bd. III, Deutschland, 1968
zit.: Ulmer-Reimer, Unlauterer Wettbewerb, Bd. III, Deutschland

Reimer, Eduard, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl., 1954

Rheinfels, Horst, Wann ist Preisschleuderei sittenwidrig ? WuW 1956, 785

Rheinfels, Horst, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. III. Wettbewerbsregeln, DB 1957, 813

Rinck, Gerd, Gute Sitten im Wettbewerb, in: Göttinger Festschrift für das OLG Celle, 1961, S. 151 ff.

Rinck, Gerd, Wirtschaftsrecht, 1963

Rinck, Gerd, Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen, in: Festschrift für den Carl Heymanns Verlag, 1965, S. 361 ff.

Röpke, Wilhelm, "Wettbewerb II" in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften Bd. 12, 1965, S. 29 ff.

Rosenthal, Alfred, Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909, Kommentar, 4. Aufl., 1913
zit.: Rosenthal, UWG, 4. Aufl.

Saint-Gal, Yves, Unlauterer parasitärer Wettbewerb, Teil II, GRUR AIT 1957, 7

Sandrock, Otto Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1968

Sauter, Der Begriff "Wettbewerb" im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Dissertation Mainz 1964

Sauter, Herbert, Zehn Jahre Kartellgesetz, BB 1968, 1169

Scheel, Hans Dieter, Wettbewerbsregeln über Preiswettbewerb, Dissertation Kiel 1967
zit.: Scheel, Wettbewerbsregeln

Schiefer, Wolfgang, Untersuchungen zum Diskriminierungsverbot im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Dissertation Tübingen, 1964
zit.: Schiefer, Diskriminierungsverbot

Schmidt, Ingo, Zum Begriff des Preiswettbewerbs nach § 16 GWB, WuW 1964, 120

Schmitz, Werner G., Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, 2089

Schöllgen, Werner, "Ethos", Staatslexikon, 6. Aufl Bd. 3, 1959, Spalten 56 ff.

Schuler, Hans, Die Concurrence déloyale und ihre Beziehungen zu Name, Firma, Marke, Fabrik- und Geschäftsgeheimnis im französischen, schweizerischen und deutschen Recht, Dissertation Zürich, 1895
zit.: Schuler, Die Concurrence déloyale

Schwamberger, Wolfgang, Vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt neuer Ordnungsprinzipien, NJW 1961, 1185

Schwartz, Gustav, Verfolgung unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse, GRUR 1967, 333

Schwartz, Gustav, Verfolgung unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse, in: Festschrift für Hans G. Ficker, 1967, S. 410 ff.

Simitis, Konstantin, Gute Sitten und ordre public, 1960

Sölter, Arno, Preiswettbewerb in der Wirklichkeit, in: Festschrift für Max Metzner, 1963, S. 189 ff.

Soergel-Siebert-Hefermehl, Bürgerliches Gesetzbuch, Einl. Allgemeiner Teil Bd. 1, 10. Aufl., 1967
zit.: Soergel-Siebert-Hefermehl, BGB AT Bd. II, 10. Aufl.

Spendel, Günter, Die Goldene Regel als Rechtsprinzip, in: Festschrift für Fritz v. Hippel, 1967, S. 491 ff.

Spengler, Albrecht, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, 1960

Sprüngli, Hans Rudolf, Der unlautere Wettbewerb. Grundzüge des Wettbewerbsrechts in rechtsvergleichender Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen von Frankreich, England, Deutschland und der Schweiz, Dissertation Zürich 1955
zit.: Sprüngli, Der unlautere Wettbewerb

Steffani, Wolfgang, Die Wettbewerbsregeln der Bauindustrie, in: 10 Jahre Kartellgesetz, 1958 - 1968, 1968, S. 355 ff.

Steindorff, Ernst, Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung, in: Summum jus summa injuria, 1963, S. 58 ff.

Strauß, Walter, Entwicklung und Probleme des heutigen Wirtschaftsrechts, 1957

Summerer, Lothar, Zur vertraglichen Sicherung der wettbewerblichen Nichtdiskriminierung, WRP 1959, 311

Suranyi-Unger, Theo, "Wirtschaftsethik", in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 12, 1965, S. 83 ff.

Tetzner, H., Kartellrecht. Ein Leitfaden, 2. Aufl., 1967

Troller, Kamen, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, Dissertation Zürich, 1962

Ulmer, Eugen, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG. Bd. I Vergleichende Darstellung, 1965
zit.: Ulmer, Unlauterer Wettbewerb Bd. I, EWG

Vogel, Klaus, Kartellrecht und Handelspolicey, JZ 1958, 111

Wagner, Klaus, Die Diskussion über ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Westdeutschland nach 1945; 1956

Walde, Aufstellung und Eintragung von Wettbewerbsregeln in das Register für Wettbewerbsregeln und ihre Rechtsfolgen, Dissertation Köln, 1963
zit.: Walde, Wettbewerbsregeln

Weber, Adolf, Allgemeine Volkswirtschaftslehre. Eine Einführung, 6. Aufl., 1953

Weinkauff, Hermann, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1960, 1690

Weischedel,	Recht und Ethik, 1956
Wels, Hans Georg,	Wettbewerbsregeln unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Fair Trade Practice Rules, Dissertation, Kiel 1960 zit.: Wels, Wettbewerbsregeln
Wieacker, Franz,	Rechtsprechung und Sittengesetz, JZ 1961, 227
Woesner, Horst,	Strafrechtlicher und sittlicher Schuldvorwurf, NJW 1964, 1

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

BKartA	Bundeskartellamt
HWSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
Reg. Entw. GWB	Regierungsentwurf zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
TB	Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts, zitiert nach Jahrgang und Seitenzahl
WiPolA	Wirtschaftspolitischer Ausschuß des Bundestags
Ber. WiPolA	Schriftlicher Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestags

Bezüglich der übrigen verwendeten Abkürzungen wird auf Hildebert KIRCHNER, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 1957, verwiesen.

DIE WETTBEWERBSREGELN NACH §§ 28 ff. GWB UND DAS RECHT DES UNLAUTEREN WETTBEWERBS

E I N L E I T U N G

Nach § 28 I GWB konnen Wirtschafts- und Berufsvereinigungen für ihren Bereich Wettbewerbsregeln aufstellen. Diese haben dem Zweck zu dienen, "einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen", § 28 II GWB.
Vereinbarungen darüber, eingetragene Wettbewerbsregeln einzuhalten, sind nach § 29 GWB keine Verträge oder Beschlüsse i. S. v. § 1 GWB, verstoßen also nicht gegen das Kartellverbot.

Das Rechtsinstitut der Wettbewerbsregeln ist im deutschen Recht neu. Da der Wortlaut der §§ 28 ff. GWB nicht klar gefaßt ist, herrscht trotz einer Reihe von Einzeluntersuchungen [1] bis heute noch keine Einigkeit über die grundsätzlichen Auslegungsprobleme, die diese Vorschriften aufwerfen.

Nach der einen Ansicht stellen die Wettbewerbsregeln nur einen Unterfall des allgemeinen Problems der Kollision zwischen freiem und unlauterem Wettbewerb dar. [2] Der dogmatische Reiz der Wettbewerbsregeln liege in der Überschneidung zweier als widersprechend angesehenen Rechtsprinzipien begründet. [3] Durch die Grenzen des lauteren Wettbewerbs werden auch die des freien Wettbewerbs bestimmt, denn nur der lautere Wettbewerb sei frei. [4]

---

1) Vgl. BREUEL, Wettbewerbsregeln und Kartellverbot, Diss. Köln 1958; HENNER, Gegenstand und Inhalt von Wettbewerbsregeln, Diss. Würzburg, 1962; OEHLER, Wettbewerbsregeln als Instrument der Wettbewerbspolitik, 1968; SCHEEL, Wettbewerbsregeln und Preiswettbewerb, Diss. Kiel 1967; WALDE, Aufstellung und Eintragung von Wettbewerbsregeln in das Register für Wettbewerbsregeln und ihre Rechtsfolgen, Diss. Köln 1963; WELS, Wettbewerbsregeln unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Fair Trade Practice Rules, Diss. Kiel 1960;

2) FIKENTSCHER, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 300 f.; SCHEEL, Wettbewerbsregeln über Preiswettbewerb, Diss. Kiel 1967, S. 10;

3) LIEBERKNECHT, in Festschrift für Ph. Möhring, 1965, S. 67; RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, 1965, S. 143;

4) BAUMBACH-HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 8 Aufl 1960, § 1 GWB Anm. 1 f.; FIKENTSCHER, aaO; HEFERMEHL, JZ 1962, S. 364; KOENIGS, NJW 1961, 1042; STEINDORFF, in: Summum ius summa iniuria S. 59;

Nach dieser Ansicht können Wettbewerbsregeln nur verbieten, was ohnehin schon als unlauter und unerlaubt im Wettbewerb verboten ist. Auch in § 28 II 2. Alt. GWB - Wettbewerbsregeln, die ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anregen sollen - werde nur in positiver Form das wiederholt, was bereits § 28 II 1. Alt. GWB bestimme. Ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Verhalten könne nur durch die Verhinderung unlauteren Wettbewerbs angeregt werden, und unlauterer Wettbewerb sei nach allgemeinem Wettbewerbsrecht schon verboten. Deshalb komme dem Rechtsinstitut der Wettbewerbsregeln keine oder nur wenig praktische Bedeutung zu. Ihre eigentliche Aufgabe liege lediglich darin, die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs für die einzelnen Branchen zu konkretisieren und sie den einzelnen Gewerbetreibenden verständlich und offenkundig zu machen, um ihnen in ungeklärten oder umstrittenen Fragen einen eindeutigen Anhalt für ihr Verhalten zu geben. So könnten unnötige Prozesse und die damit verbundenen Kosten vermieden werden. Auch Wettbewerbsverzerrungen, die auf der Unklarheit über die Grenzen des lauteren Wettbewerbs beruhen und die dem skrupellosen Gewerbetreibenden, der den Bereich der Grenzmoral für sich ausnutzt, einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung verschaffen, lassen sich so vermeiden. [5] § 29 GWB garantiere weiterhin, daß Vereinbarungen über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln, die den Bereich des unlauteren Wettbewerbs zu weit fassen und dabei lauteren Wettbewerb beschränken, nicht unter das Kartellverbot fallen, wenn die Wettbewerbsregeln in das Register für Wettbewerbsregeln eingetragen wurden.

Dieser engen Auffassung über den zulässigen Inhalt von Wettbewerbsregeln steht die Auffassung derer gegenüber, die in den Wettbewerbsregeln eine legale Möglichkeit zu weiteren, in den §§ 2 - 8 GWB nicht genannten Ausnahmen vom Kartellverbot des § 1 GWB erblicken. Wegen der verhältnismäßig präzisen Fassung der §§ 2 - 8 GWB sieht man in den §§ 28 ff. GWB die einzige Gelegenheit, ohne Verstoß gegen das Kartellverbot des § 1 GWB weitere Kartelle, sog. Bagatellkartelle, schaffen zu können. [6]

Zwei Fragenkreise sind es insbesondere, die in der Diskussion um den zulässigen Inhalt von Wettbewerbsregeln von Bedeutung sind:
Zum einen geht es um die Auslegung des Begriffs "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs", wie ihn § 28 II GWB verwendet.

---

5) Vgl. OEHLER, aaO, S. 28 ff., 32;

6) KELLERMANN, WuW 1965, 551 ff., 562, a. A. FRANZEN, WuW 1957, 741 ff., 742; KOENIGS, GRUR 1958 589 ff., 593; RINCK, Wirtschaftsrecht. 1963, S. 253, 255; WALDE, Aufstellung und Eintragung von Wettbewerbsregeln in das Register für Wettbewerbsregeln und ihre Rechtsfolgen, Diss. Köln, 1963, S. 85;

Zum anderen ist es streitig, ob Wettbewerbsregeln nur dem Zweck dienen können, unlauterem Wettbewerb entgegenzuwirken und die Lauterkeit im Wettbewerb zu fördern, oder ob sie auch darüber hinaus in die Wettbewerbsfreiheit eingreifen dürfen, um den Wettbewerb anzuregen und zu fördern; fraglich ist also, ob Wettbewerbsregeln "lauterkeitsbezogen" sein müssen.
Diese beiden Fragenkreise stehen in einem engen Zusammenhang miteinander.

Fordert man die Lauterkeitsbezogenheit von Wettbewerbsregeln, so hängt der zulässige Inhalt eintragbarer Wettbewerbsregeln allein davon ab, inwieweit sie geeignet sind, unlauteres Verhalten im Wettbewerb zu verhindern und die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs auf dem Markte durchzusetzen. In diesem Falle bestimmen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" den zulässigen Inhalt von Wettbewerbsregeln. Verzichtet man dagegen auf das Erfordernis der Lauterkeitsbezogenheit von Wettbewerbsregeln, so sind auch Wettbewerbsregeln eintragbar, die geeignet sind, den Wettbewerb zu fördern, soweit er den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entspricht, soweit er also lauter ist.
Der Wettbewerb kann zwar durch die Verhinderung unlauteren Wettbewerbs und durch die Förderung der Lauterkeit im Wettbewerb angeregt werden. Aber auch andere, "lauterkeitsneutrale" Maßnahmen, etwa die Verbesserung der Marktstruktur, können den Wettbewerb anregen. Hier legen die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" nur die Grenzen des zulässigen Inhalts von Wettbewerbsregeln fest.

Bei der Frage nach dem Verhältnis der Wettbewerbsregeln zum Recht des unlauteren Wettbewerbs muß daher vor allem geklärt werden, ob Wettbewerbsregeln "lauterkeitsbezogen" sein müssen und wie der Rechtsbegriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" auszulegen ist.

Anlaß für die Einfügung der Vorschriften über Wettbewerbsregeln in das GWB waren die Änderungsvorschläge des Bundesrats zum Regierungsentwurf des GWB, in denen ausreichende Vorschriften zum Schutze des Leistungswettbewerbs gefordert wurden. In ihrer Stellungnahme dazu hielt auch die Bundesregierung die Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts gegen den Mißbrauch der Wettbewerbsfreiheit für unzureichend und zog in Erwägung, den Wirtschaftsverbänden die Möglichkeit zur Aufstellung von Wettbewerbsregeln gegen den Mißbrauch der Wettbewerbsfreiheit zu geben. [7]
Während man in der Begründung zum Reg. Entw. Vereinbarungen, die lediglich Maßnahmen des unlauteren Wettbewerbs unterbinden wollen - sog. "wettbewerbs-

---

7) Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrats II Ziff. 33, GemK. 1. Aufl. S. 1155;

läuternde Vereinbarungen" [8] oder "Lauterkeitsverträge" [9] - kartellrechtlich noch nicht für relevant hielt [10], forderte der Bundestagsausschuß für Wirtschaftspolitik in seinem schriftlichen Bericht auf Grund der gewandelten Auffassung vom Wettbewerbsbegriff des Kartellrechts und um der Grundsatzvorschrift des § 1 GWB einen möglichst umfassenden Anwendungsbereich zu geben die Einfügung von Vorschriften über die Zulassung von Abreden zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in den Gesetzesentwurf. [11] Primärer Zweck der Vorschriften über die Wettbewerbsregeln in den §§ 28 ff. GWB war es, die "Lauterkeitsverträge" in einen gesetzlichen Rahmen zu spannen. [12]

Da ein großer Teil der Schwierigkeiten bei der Auslegung der §§ 28 ff. GWB von der ungeklärten systematischen Einordnung der Lauterkeitsverträge in das Kartellrecht herrührt und manche speziellen Problemstellungen nur aus dem allgemeinen Problem des Verhältnisses von unlauterem Wettbewerb und Kartellrecht zu verstehen sind [13], ist es unumgänglich, das Verhältnis der "Lauterkeitsverträge" zum Kartellverbot des § 1 I 1 GWB näher zu erörtern.

---

8) v. BRUNN in Festschrift für Isay, 1956, S. 167 ff.;
9) FRIEDLAENDER, JZ 1957, 649 ff., 652;
10) Begründung zum Reg. Entw. C § 1 Ziff. 3 d GemK. 1. Aufl. S. 1076;
11) Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses; HELLWIG, I C I Generalbericht, GemK. 1. Aufl. S. 1164; KURLBAUM, aaO, S. 1175;
12) FRIEDLAENDER, JZ 1957, 652;
13) Vgl. FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 303 f.;

T E I L I

"LAUTERKEITSVERTRÄGE" UND KARTELLVERBOT

A. Die Problematik der Lauterkeitsverträge

Die Grenzlinien des lauteren und des unlauteren Wettbewerbs decken sich. Zwischen dem verbotenen und dem erlaubtem Wettbewerb gibt es keinen Zwischenbereich der "grauen Zone", d. h. es gibt keinen Wettbewerb, der im Sinne der Rechtsordnung weder lauter noch unlauter, weder erlaubt noch verboten ist. Wettbewerbshandlungen, die vom Gesetz nicht als unlauter verboten sind, müssen als lauter im Sinne des Rechts behandelt werden, selbst wenn sie in der betreffenden Branche als unfein, unseriös, unfair, unkorrekt oder berufsstandswidrig angesehen werden. [1] Zwischen Recht und Unrecht gibt es kein Mittelding [2]; ein konkretes Wettbewerbsverhalten ist in unserer Rechtsordnung stets entweder lauter oder unlauter. [3]
Läßt sich sowohl theoretisch eine scharfe Grenzlinie zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb ziehen, so darf dennoch nicht übersehen werden, daß es im Grenzbereich viele Wettbewerbshandlungen gibt, bei denen es ungeklärt oder bestritten ist, ob sie noch lauter oder schon unlauter ist.

Für die Möglichkeit, diesen Bereich der "grauen Zone des Zweifels" vertraglich regeln zu dürfen, bestand in der Wirtschaft schon immer ein praktisches Bedürfnis. Die Unternehmen brauchen feste Anhaltspunkte und Richtlinien dafür, was sie im Wettbewerb dürfen und was nicht.
Nur mit Hilfe von "Lauterkeitsverträgen" oder "wettbewerbsläuternden Vereinbarungen" [4] läßt es sich ausschließen, daß die Teilnehmer am Wettbewerb wirtschaftlich gezwungen werden, sich der Grenzmoral anzupassen, [5] auch auf die Gefahr hin, den Bereich des gerade noch Zulässigen zu überschreiten.

Der Beseitigung der aus Zweifelsfragen resultierenden Rechtsunsicherheit und Ver-

---

1) Zum Problem der "grauen Zone" siehe ausführlicher S. 93 ff.
Vgl. BENISCH, WuW 1956, 643; KELLERMANN, WuW 1965, 560 f.; KROITZSCH, GRUR 1965, 13 f., 19 Fußn. 64;
2) FIKENTSCHER, Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 1962, S. 31 Fußn. 27;
3) FIKENTSCHER, Festschrift für W. Hallstein, 1966, S. 146;
4) v. BRUNN, aaO; FRIEDLAENDER, aaO;
5) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. § 28 GWB Anm. 14; RÖPKE, Wettbewerb II in HWSW Bd. 12 S. 33 f.; Ad. WEBER, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl., S. 65; OEHLER, Wettbewerbsregeln, S. 32;

schiebung der Chancengleichheit im Wettbewerb zugunsten der skurpelloseren Wettbewerbsteilnehmer können Lauterkeitsverträge dienen.

B. Lauterkeitsverträge und die §§ 28 ff. GWB

Eine gesetzliche Regelung für Lauterkeitsverträge hat das GWB in den §§ 28 ff. GWB getroffen. [6] Wirtschafts- und Berufsvereinigungen dürfen nach diesen Vorschriften Wettbewerbsregeln aufstellen, die dazu dienen, einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken, § 28 II 1 GWB, und deren Eintragung in ein Register für Wettbewerbsregeln bei der zuständigen Kartellbehörde beantragen, § 28 III GWB. Vereinbarungen über die Einhaltung eingetragener Wettbewerbsregeln sind nach § 29 GWB keine Verträge oder Beschlüsse i. S. v. § 1 GWB; sie unterfallen also nicht dem Kartellverbot.

Neben der im GWB vorgesehenen Möglichkeit, Wettbewerbsregeln aufstellen, deren Eintragung beantragen und Vereinbarungen über die Einhaltung eingetragener Wettbewerbsregeln ohne Verstoß gegen § 1 GWB treffen zu dürfen, wird in Lehre und Rechtsprechung jedoch überwiegend angenommen, daß Vereinbarungen, die sich nur gegen unlauteren Wettbewerb richten, auch ohne die in den §§ 28 ff. GWB vorgesehenen umständlichen Formalitäten ohne Verstoß gegen § 1 GWB getroffen werden können. [7] Denn nur der lautere Wettbewerb sei frei [8]; der freie Wettbewerb höre da auf, wo die Unlauterkeit beginne, das Sittengesetz begrenze die Freiheit des Wettbewerbs [9]; Schutzobjekt des GWB und insbesondere von § 1 GWB sei nur der lautere und erlaubte Wettbewerb. [10]
Deshalb sei § 1 GWB nur anwendbar, soweit lauterer und erlaubter Wettbewerb

---

6) FRIEDLAENDER, JZ 1957, 652; Ber WiPolA; HELLWIG I C I Generalbericht, GemK. 1. Aufl. S. 1164; KURLBAUM, aaO, S. 1175;

7) Eb. GÜNTHER, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 11 ff., 22, MÜLLER/GIESSLER, GWB § 29 Anm. 6; STEFFANI, in: 10 Jahre Kartellgesetz, 1968, S. 355 ff., 359; ULMER-REIMER: Unlauterer Wettbewerb, Bd. III Deutschland, S. 29;

8) FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 299f.;

9) MANGOLD, Preislistenzwang und heimliche Preisunterbietung, Diss. Tübingen, 1963, S. 74; STEINDORFF, Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung, in: Summum ius summa iniuria S. 59 f.;

10) HEFERMEHL, JZ 1962, 364;

beschränkt wird. [11]

Im Gegensatz zu den Vereinbarungen über die Einhaltung eingetragener Wettbewerbsregeln tragen aber bei solchen Lauterkeitsverträgen die Vertragsbeteiligten selbst das Risiko, die Grenzen zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb richtig festzustellen und nicht gegen das Kartellverbot des § 1 GWB zu verstoßen. In diesem Sinne erklärte der BGH in seinem Urteil vom 26.10.1961 [12] Werbebeschränkungen, die ein Verband seinen Mitgliedern auferlegt hatte, für unzulässig nach § 1 GWB, da sie auch lauteren und erlaubten Wettbewerb einschränkten. Verträge und Beschlüsse seien, wenn die in § 1 GWB genannten Voraussetzungen gegeben sind, auch dann unwirksam, wenn sie auf die Einhaltung nicht eingetragener Wettbewerbsregeln gerichtet sind. Dem stehe auch nicht entgegen, daß § 28 GWB den Wirtschafts- und Berufsvereinigungen ausdrücklich gestatte, für ihren Bereich sog. Wettbewerbsregeln aufzustellen. [13]

Selbst wenn Wettbewerbsregeln nur die Branchenauffassung wiedergeben, sind sie nicht geeignet, den Bereich des unlauteren Wettbewerbs auszuweiten und so nach allgemeiner Ansicht den Anwendungsbereich des Kartellverbots einzuschränken.

Erstaunen muß daher ein Urteil des BGH vom 1.2.1967 erregen, in dem der BGH das Verhalten eines Wettbewerbers als unlauter qualifizierte, weil er sich nicht an eine wettbewerbsläuternde Vereinbarung gehalten hatte [14]: Die Angehörigen des Steinmetzhandwerks hatten sich darauf geeinigt, nach einem Todesfall eine vierwöchige Wartefrist einzuhalten, vor deren Ablauf keine Hausbesuche mit Werbungen zur Ausführung eines Grabsteines erfolgen sollten. Diese Vereinbarung deckte sich mit der Ansicht des BGH, "daß nach Auffassung der Allgemeinheit vor der Heiligkeit des Todes und vor dem Schmerz der Hinterbliebenen alle Wettbewerbshandlungen halt zu machen haben, auch wenn gegen sie sonst im geschäftlichen Verkehr nichts einzuwenden sein mag". [15]

Ein Angehöriger des Steinmetzhandwerks hatte diese vierwöchige Karenzfrist nur geringfügig unterschritten. Der BGH verurteilte ihn darauf nach § 1 UWG, aber nicht etwa, weil durch die Fristunterschreitung nach Auffassung der Allgemeinheit die Gefühle der trauernden Angehörigen in einem wettbewerbsrecht-

---

11) BGH Urt. v. 26.10.1961, "Export ohne Warenbegleitschein", WuW/E/BGH 451 ff., 455 f.; MÜLLER/GIESSLER, aaO; KELLERMANN, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 61 ff.; Eb. GÜNTHER, aaO., S. 22;

12) BGH, aaO;

13) BGH, aaO, 451 Leitsatz 3, 455;

14) BGH Urt. v. 1.2.1967, BB 1967, 306;

15) BGH, aaO;

lich nicht mehr vertretbarem Maße beeinträchtigt worden waren, es komme "in diesem Zusammenhang nicht ... darauf an, ob durch eine Fristunterschreitung von nur wenigen Tagen die Gefahr einer Verletzung der Gefühle der Angehörigen erheblich höher zu veranschlagen ist als bei unerbetenen Hausbesuchen nach Ablauf der vierwöchigen Wartezeit" [16]. Vielmehr sah der BGH die Unlauterkeit darin, daß der Steinmetz die Standestreue seiner Mitbewerber, die die Wartefrist einhalten, ausgenutzt habe, um sich einen geschäftlichen Vorsprung zu verschaffen. Würde man dies zulassen, so hätte dies aber zur Folge, "daß die Mitbewerber sich gegenseitig zu immer weiteren Unterschreitungen der Wartefrist treiben müßten, wenn sie dem die Frist nicht innehaltenden Wettbewerber den dadurch erzielten geschäftlichen Vorsprung nicht tatenlos belassen wollten". [17]

Es ist offensichtlich, daß im Steinmetzhandwerk ein Bedürfnis für eine einheitliche Bestimmung der Wartefrist besteht und daß eine Wettbewerbsregel, die eine vierwöchige Frist vorsieht, ohne weiteres eingetragen würde. Die Ausführungen des BGH zeigen aber, daß auch eine geringfügige Unterschreitung einer vierwöchigen Wartefrist an sich noch keinen unlauteren Wettbewerb darstellen würde. Nicht bereits in der Fristunterschreitung sondern erst im Ausnützen der Standes- und Vertragstreue der Mitbewerber sah der BGH die Unlauterkeit.
Hätten sich aber auch kürzere Wartefristen "an sich" noch im Rahmen der guten Sitten gehalten, wie es der BGH annimmt, so wurde durch die vertragliche Festlegung einer vierwöchigen Wartefrist Wettbewerb beschränkt, der sich noch im Bereich des Lauteren befindet, und lauterer Wettbewerb ist nach übereinstimmender Ansicht durch § 1 GWB geschützt.
Deshalb ist es erstaunlich, daß der BGH "keine Bedenken" dagegen hatte, daß sich die Angehörigen des Steinmetzhandwerks auf die Einhaltung einer Wartefrist von vier Wochen einigten, obwohl sich auch nach der Ansicht des BGH eine kürzere Frist noch im Rahmen der guten Sitten gehalten hätte.

Dieser Fall zeigt die ganze Problematik der Zulässigkeit von Lauterkeitsverträgen außerhalb des in den §§ 28 ff. GWB vorgesehenen Verfahrens.

Wenn für Lauterkeitsverträge ein Bedürfnis besteht, dann gilt das nur für den Grenzbereich zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb, also in der "grauen Zone des Zweifels". In diesem Bereich ist aber bei der Zulässigkeit von Lauterkeitsverträgen ohne deren behördliche Kontrolle ständig die Gefahr eines Kartellverstoßes gegeben. Die Sittenwidrigkeit eines Verstoßes gegen derartige Lauterkeitsverträge wäre immer erst mit dem Nachweis der Sittenwidrigkeit der in der-

16) BGH, aaO;
17) BGH, aaO; OEHLER, Wettbewerbsregeln, S. 32;

artigen Lauterkeitsverträgen verbotenen Wettbewerbshandlungen dargetan. Aus diesem Grunde würden solche Lauterkeitsverträge keine zusätzliche Rechtssicherheit bieten, dagegen ständig die Gefahr eines Kartellverstoßes in sich tragen. Dem ständigen Risiko eines Kartellverstoßes stünde kein einziger Vorteil derartiger Lauterkeitsverträge gegenüber.
Deshalb drängt sich die Frage auf, ob es im Sinne des GWB und insbesondere im Sinne der strikten Verbotsvorschrift des § 1 GWB liegt, theoretisch zwar genau festgelegte, im konkreten Fall aber nicht eindeutig bestimmbare Formen des Wettbewerbs generell und ohne Einschaltung eines behördlichen Verfahrens vom Kartellverbot auszunehmen.
Es ist daher zu prüfen, ob auch Verträge und Beschlüsse, die auf die Einhaltung von Wettbewerbsregeln gegen unlauteren Wettbewerb gerichtet sind, die in § 1 GWB bestimmten Voraussetzungen erfüllen.

C. Unlauterer Wettbewerb und § 1 GWB

§ 1 I 1 GWB verlangt Vereinbarungen (Verträge oder Beschlüsse; vgl. §§ 1, 29 GWB) zwischen Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen, die den Zweck verfolgen und geeignet sind, "die Erzeugung oder die Marktverhältnisse ... durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen".
Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 1 GWB auf den lauteren, gesetzmäßigen oder gar nur auf den schützenswerten Wettbewerb ist möglich durch eine restriktive Auslegung der Tatbestandsmerkmale "Wettbewerb", "Wettbewerbsbeschränkung" und "Marktbeeinflussung".
Im folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit der Wortlaut, der Sinnzusammenhang und die Motive eine restriktive Auslegung von § 1 GWB rechtfertigen oder fordern.

Ausgangspunkt der Auslegung von § 1 GWB muß der Wortlaut sein. Erst wenn dieser nicht eindeutig ist und mehrere Möglichkeiten der Interpretation offen läßt, darf auf den Sinn und Zweck von § 1 GWB zurückgegriffen werden. Erst wenn auch dann noch Zweifel bestehen, sind die Motive heranzuziehen. [18]
Dabei wird sich allerdings zeigen, daß kaum ein Rechtsbegriff denkbar ist, der nicht mehrere Möglichkeiten der Interpretation zuläßt, auch wenn diese im Widerspruch zum allgemeinen Sprachgebrauch stehen so daß der Wortlaut

18) BVerfGE 1, 299 f.; BACHOF, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht Verfahrensrecht Bd. II 7 S. 12 f.; LARENZ, Methodenlehre S. 250;

einer Vorschrift selten "eindeutig" ist. Und auch die Bestimmung des Sinnzusammenhangs eines Gesetzes hängt weitgehend von den rechts- p o l i t i s c h e n Auffassungen der Interpreten ab, so daß bei der Ermittlung von Sinn und Zweck - insbesondere neuerer Gesetze - haufig weitgehend auf die Motive zurückgegriffen werden muß. Dabei ist allerdings zu beachten daß nicht alle Äußerungen von Organen, die am Gesetzgebungsverfahren beteiligt waren, bereits als "Motive eines Gesetzes" gewertet werden durfen [19] sondern nur diejenigen, die sich in irgendeiner Weise konkret im Wortlaut des Gesetzes niedergeschlagen haben. [20]

Das zeigt, daß Wortlaut, Sinnzusammenhang und Motive eines Gesetzes in unmittelbarem Zusammenhang miteinander gesehen werden müssen. Häufig läßt sich der genaue Sinn einer im Wortlaut eines Gesetzes enthaltenen "Andeutung" erst mit Hilfe der Materialien ermitteln. [21]

I. DIE BESCHRÄNKUNG UNLAUTEREN WETTBEWERBS UND DER W O R T L A U T VON § 1 GWB

a. "W e t t b e w e r b"

Über die Auslegung des Begriffs "Wettbewerb" in § 1 GWB herrscht bis heute keine Einigkeit [22]. Dabei ist es insbesondere von Bedeutung, ob man den Begriff "Wettbewerb" in § 1 GWB als wirtschaftlichen Begriff versteht und übernimmt, oder ob man ihn als spezifischen Rechtsbegriff versteht, dessen Inhalt

---

19) BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Anm. 49; RINCK, Festschrift für den Carl Heymanns Verlag, 1965, S. 371;

20) Vgl. MÖHRING, WuW 1954, 389, 503 f.;

21) BVerfGE 11, 126; BACHOF, aaO;

22) siehe insbes. FIKENTSCHER, Rechtsschutz, SAUTER, Der Begriff Wettbewerb im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Mainz, 1963; KNÖPFLE, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, 1966, Insbes. S. 97 ff.; dazu PLASSMANN, JZ 1968, 81 ff. u. 368, mit Erwiderungen von KNÖPFLE, JZ 1968, 292 ff. und 369; HERMANNS in: 10 Jahre Kartellgesetz, S. 157 ff.; KRAHE, in: 10 Jahre Kartellgesetz, S. 167 ff.; SANDROCK, Grundbegriffe des GWB, S. 71 ff., 102 ff., 123 ff.;

durch den Normzweck bestimmt wird. [23]

Außerdem kommt es darauf an, ob man einen Wettbewerbsbegriff annehmen will, der für das ganze Wettbewerbsrecht - also auch für das UWG - gilt, oder ob man für die Zwecke des GWB einen spezifisch kartellrechtlichen Wettbewerbsbegriff entwickeln will.

1. Weite Auslegung des Begriffs "Wettbewerb"

Zu einer weiten Auslegung des Begriffs "Wettbewerb" in § 1 GWB, der auch den unlauteren und unerlaubten Wettbewerb mitumfaßt, gelangt man, wenn man den wirtschaftswissenschaftlichen Wettbewerbsbegriff unmittelbar für die Auslegung von § 1 GWB übernimmt [24], oder wenn man für das gesamte Wettbewerbsrecht einen einheitlichen Wettbewerbsbegriff zugrundelegt.

Von einem umfassenden Wettbewerbsbegriff ging der Wirtschaftspolitische Ausschuß des Bundestages bei seinen Beratungen zum GWB aus. Er hatte zwar bewußt auf eine gesetzliche Definition des "Wettbewerbs" verzichtet, ist aber davon ausgegangen, "daß unter wirtschaftlichem Wettbewerb jede Art wirtschaftlicher Handlung zu verstehen ist, die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen." [25]

Dieser Wettbewerbsbegriff ist zwar in der Lehre vielfach modifiziert worden, jedoch ohne den "unlauteren Wettbewerb" vom Wettbewerbsbegriff des § 1 GWB auszunehmen.

Nach FIKENTSCHER ist wirtschaftlicher Wettbewerb "das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen". [26]

Unter dem Hinweis darauf, daß auch Reklamefeldzüge als Wettbewerbshandlungen aufgefaßt werden müssen, ohne daß diese günstigere Geschäftsbedingungen in Aussicht stellen, definiert MEYER-CORDING als Wettbewerbshandlung "jede Tätigkeit, die objektiv geeignet ist, das Wettbewerbsziel, nämlich den auf Gewinn gerichteten Leistungsaustausch zu fördern." [27]

---

23) Vgl. LUKES, Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 201 ff., 204; BKartA WuW/E/BKartA 67; Reg. Entw. GWB in GemK. 1. Aufl. S. 1057 ff.;

24) GABRIEL, MA 1960, 247, 251; LUKES, aaO S. 201 f.; SCHMIDT, WuW 1964, 120 ff., 152;

25) Ber. WiPolA, Abg. KURLBAUM zu § 1 in: GemK. 1. Aufl. S. 1175;

26) FIKENTSCHER, WuW 1961, 798; ders. ähnlich in Rechtsschutz, S. 39; ähnlich, PLASSMANN, JZ 1968, 81 ff., 84;

27) MEYER-CORDING, WuW 1962, 461 ff., 464;

Kern des wirtschaftlichen Wettbewerbs ist jedenfalls "das Verhalten mehrerer Unternehmen, auf einem bestimmten Markt zum Geschäftsabschluß mit Dritten zu gelangen". [28] Deshalb liegt Wettbewerb vor, "wenn mehrere Unternehmen ihre auf Geschäftsabschlüsse mit Dritten gerichteten Entscheidungen gemäß der jeweiligen Marktlage selbständig treffen und durchführen, ohne in ihrem Verhalten mehr beschränkt zu sein, als es sich aus dem gleichfalls selbständigen Verhalten anderer Unternehmen ergibt, die auf einem bestimmten Markt gleiche Ziele verfolgen". [29]

Diesen Definitionen des Wettbewerbs, die den Wettbewerb vom Wettbewerbsverhalten, von der Wettbewerbshandlung der Marktbeteiligten her beschreiben, stehen diejenigen gegenüber, die den Wettbewerb als Marktform oder als Zustand verstehen.

Nach KNÖPFLE sind "Wettbewerb" "die wirtschaftlichen Erfordernisse (positive Anforderungen und Schranken), Risiken und Chancen, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder doch von dem einen Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können." [30]

Wettbewerb ist also nur als Spannungszustand zwischen den Mitbewerbern zu verstehen.

Es kann für den Zweck dieser Untersuchung dahingestellt bleiben, ob der Wettbewerb als Zustand aufzufassen ist, oder ob der "Wettbewerb als Zustand" nicht selbst Wettbewerb, sondern nur die Folge des Wettbewerbsverhaltens ist. [31]

Allen bisherigen Definitionen ist jedenfalls gemeinsam, daß auch der unlautere, unerlaubte und nicht schützenswerte Wettbewerb unter den Wettbewerbsbegriff des § 1 GWB fällt. Nach diesen Definitionen ist der Wettbewerb "seinem Wesen nach unteilbar", geht das GWB von einem "ganzheitlichen Wettbewerbsbegriff" aus. [32]

---

28) BAUMBACH-HEFERMEHL, Allg. Anm. 2;

29) BAUMBACH-HEFERMEHL, Allg. Anm. 4, vgl. weiterhin FRANKFURTER Kom. § 1 GWB Tz 20; HEFERMEHL, HWSW "Wettbewerbsrecht" Bd. 12, 49; MÜLLER-GIESSLER, GWB 2. Aufl. § 1 Anm. 78; RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 180; SCHMITZ, NJW 1961, 2089;

30) KNÖPFLE, aaO, S. 222; ders. WuW 1962, 174

31) MEYER-CORDING, WuW 1962, 467, vgl. auch PLASSMANN, JZ 1968, 81 ff., 85;

32) SCHMITZ, NJW 1961, 2092;

2. Enge Auslegung des Begriffs "Wettbewerb"

Die früher vertretene Ansicht, daß der Wettbewerbsbegriff des GWB kein Rechtsbegriff sei [33], hat das BKartA in seiner "Doppelstecker-Entscheidung" aufgegeben. [34] Da das GWB den Wettbewerbsbegriff nicht definiere, folgert das BKartA aus dem Sinnzusammenhang, in den § 1 GWB hineingestellt ist, daß Einschränkungen zulässig und notwendig sind. "Es wird Aufgabe der Kartellbehörde sein, den durch § 1 GWB geschützten Wettbewerb von solchen Arten des Wettbewerbs abzugrenzen, die nach der Zielsetzung des GWB nicht schützenswert erscheinen". [35] Es bestehe ein praktisches Bedürfnis zur Einschränkung von § 1 GWB und die sachliche Begrenzung sei im Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb" zu finden [36]. Da der "Wettbewerb" kein feststehender Rechtsbegriff sei, dürfe man bei der Suche nach dem richtigen Standpunkt für die Auslegung nicht vom "schlichten Wortsinn" ausgehen. [37] Zwischen der Zielsetzung des GWB und dem Wettbewerbsbegriff bestünden Berührungspunkte. Deshalb müsse der Inhalt des Terminus "Wettbewerb" so ausgelegt werden, "daß die Ziele des Gesetzes verwirklicht werden können". [38] Schutzobjekt des GWB sei nur der gesetzlich zulässige Wettbewerb, so daß unlauterer Wettbewerb nicht unter § 1 GWB falle. [39]

Deshalb müsse vom Wettbewerbsbegriff des § 1 GWB der unlautere Wettbewerb ausgenommen werden. [40] Wettbewerb im Sinne von § 1 GWB sei nur "das vom Gesetzgeber nicht mißbilligte... Bestreben, durch eigene Leistung, die ihrer Art und ihrem Preis nach besser ist als die der Mitbewerber, einen anderen zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen." [41] Damit ist ein spezifisch kartellrechtlicher Wettbewerbsbegriff geschaffen. Nur der lautere, gesetzmäßige und eventuell auch nur der schützenswerte Wettbewerb seien als "kartellrechtlich

---

33) BKartA WuW/E BKartA 6? unter dem unrichtigen Hinweis auf die Begründung zum Reg. Entw. C § 1 Ziff. 3 d, GemK. 1. Aufl. S. 1076; vgl. KNÖPFLE, Wettbewerb, S. 223;

34) BKartA WuW/E/BKartA 145 ff.; vgl. BKartA WuW/E/BKartA 370;

35) BKartA, Tätigkeitsbericht 1959, Vorwort der Bundesregierung S. 8;

36) RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, 1965, S. 121;

37) v. KÖHLER, NJW 1959, 223;

38) HERMANNS, in: 10 Jahre Kartellgesetz, S. 157, 159;

39) KOENIGS, GRUR 1958, 590; MÜLLER-HENNEBERG, GemK. 2. Aufl. § 1 GWB Anm. 19;

40) v. KÖHLER, aaO; TETZNER, Kartellrecht, 2. Aufl. S. 17; BKartA WuW/E/BKartA 148; a. A. SCHMITZ, NJW 1961, 2092, der die "maxima competitio in toto" als Schutzobjekt des GWB ansieht;

41) BEHRENS, NJW 1958, 484;

relevant" anzusehen. [42]

Von einem derart eingeschränkten Wettbewerbsbegriff war auch die Bundesregierung in ihrer Begründung zum Regierungsentwurf eines GWB ausgegangen.[43] Dort heißt es, daß der Begriff des Wettbewerbs vorausgesetzt werde. Als Wettbewerb sei "das Streben zu betrachten, durch eigene Leistung, die nach Preis und Qualität besser als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen. Dieses Streben, Geschäftsabschlüsse zustandezubringen, muß sich allerdings der Formen des lauteren Wettbewerbs bedienen".

Durch eine solche einschränkende Auslegung des Wettbewerbsbegriffs in § 1 GWB ist es möglich, die Beschränkung unlauteren, rechtswidrigen und nicht schützenswerten Wettbewerbs bereits von vornherein von dem grundsätzlichen Kartellverbot des § 1 GWB auszunehmen.

Noch bevor ausführlich geprüft worden ist, ob Sinn und Zweck von § 1 GWB eine einschränkende Auslegung seiner Tatbestandsmerkmale erfordern und zulassen, lassen sich bereits hier zwei gewichtige Bedenken dagegen vorbringen, unter "Wettbewerb" i. S. v. § 1 GWB nur den lauteren Wettbewerb zu verstehen:
Behandelt man nur den lauteren Wettbewerb als Wettbewerb i. S. v. § 1 GWB, so verwendet man im Wettbewerbsrecht i. w. S. zwei verschiedene Wettbewerbsbegriffe, denn das Recht des unlauteren Wettbewerbs geht von einem umfassenden Begriff des Wettbewerbs aus.
Außerdem wollte der Wirtschaftspolitische Ausschuß in seinem schriftlichen Bericht, der die für die Auslegung des GWB maßgeblichen Motive liefert im Gegensatz zur Begründung des Reg. Entw. zu einem GWB, auch unlauteren Wettbewerb durch die grundsätzliche und strikte Verbotsvorschrift des § 1 GWB schützen und sah sich deshalb genötigt, in einem besonderen Abschnitt über Wettbewerbsregeln einen gesetzlichen Rahmen für Kartelle gegen unlauteren Wettbewerb zu schaffen. [44]

---

42) TETZNER, aaO; vgl. auch GRIESBACH, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 53;

43) Begründung Reg. Entw. GWB Ziff. 3 d zu § 1, GemK. 1. Aufl. S. 1076;

44) WiPolA, KURLBAUM, zu § 1 GWB, GemK. 1. Aufl. S. 1175;
FRIEDLAENDER, JZ 1957, 652;

b. "Beschränkung des Wettbewerbs"

Dieselben unterschiedlichen Auffassungen wie zum Begriff des "Wettbewerbs" lassen sich auch zum Begriff der "Wettbewerbsbeschränkung" feststellen.

1. Geht man von einer engen Auslegung des Wettbewerbsbegriffs aus, so gelangt man bereits auf Grund der Wettbewerbsdefinition zu dem Ergebnis, daß nur die Beschränkung lauteren (gesetzmäßigen, schützenswerten) Wettbewerbs eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. v. § 1 GWB darstellt. Ein Kartellverstoß kommt dann nur in Betracht, wenn zulässiger (schützenswerter) Wettbewerb beschränkt wurde. [45]

2. Umgekehrt gelangen jedoch nicht alle Vertreter einer weiten Wettbewerbsdefinition auch zu einer weiten Auslegung des Begriffs der "Wettbewerbsbeschränkung".

2.1. Leitet man den Begriff der "Wettbewerbsbeschränkung" unmittelbar aus der Wettbewerbsdefinition ab und sieht man auch den unlauteren (rechtswidrigen, nicht schützenswerten) Wettbewerb als "Wettbewerb" i. S. v. § 1 GWB an, so stellt auch eine vertragliche Beschränkung unlauteren Wettbewerbs eine kartellrechtlich relevante Wettbewerbsbeschränkung dar.

2.1.1. Werden "die wirtschaftlichen Erfordernisse, Gefahren und Chancen, die sich für den einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder doch von dem einen Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können, ausgeschlossen oder eingeschränkt", so liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor. [46]

2.1.2. FIKENTSCHER behandelt die Beschränkung unlauteren Wettbewerbs als formale Wettbewerbsbeschränkung, "denn das Mitbewerberstreben gemäß der Wettbewerbsdefinition wird durch eine solche Absprache auch dann gemindert, wenn dies Streben mit unlauteren Mitteln geschieht". [47]

2.2. LUKES hält dem entgegen, daß auch dann, wenn sich die Beteiligten vertraglich verpflichtet haben, unlauteren Wettbewerb zu unterlassen, dieses Verhalten nur die Folge ihrer gesetzlichen Verpflichtung zu lauterem Wettbewerb und zum Unterlassen von unlauterem Wettbewerb ist. Auch ein eventueller Marktreinfluß wäre nie die Folge einer Willensübereinkunft, wie es

45) Eugen LANGEN, Kartellgesetz, 4. Aufl., § 1 Anm. 67; MÜLLER-HENNEBERG/Gem.K. 2. Aufl. GWB § 1 Anm. 29; BKartA WuW/E/BKartA 148;
46) KNÖPFLE, WuW 1962, 174;
47) FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 301;

§ 1 GWB fordert, sondern selbst bei rechtsgeschäftlicher Verpflichtung nur die Folge des nach dem Gesetz ohnehin geschuldeten Verhaltens. [48]

Diese Argumentation von LUKES ist zu formalistisch. Warum soll es nicht möglich sein, daß sich Vertragspartner zu einem bereits gesetzlich geschuldeten Verhalten noch zusätzlich vertraglich verpflichten und warum soll bei vertraglicher Verpflichtung, unlauteren Wettbewerb zu unterlassen, die entsprechende Verhaltensweise nur eine Folge des gesetzlich ohnehin geschuldeten Verhaltens sein ? Gerade bei zweifelhafter Rechtslage wird häufig erst die vertragliche Verpflichtung das möglicherweise gesetzlich geschuldete Verhalten herbeiführen und den daraus resultierenden Markteinfluß auslösen. Gleichlautende gesetzliche und vertragliche Verpflichtungen können selbständig als Bindungsgründe nebeneinander bestehen. Vereinbarungen über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln gegen unlauteren Wettbewerb [49] wären nach der Ansicht von LUKES dogmatisch kaum einzuordnen (§ 306 BGB ?). Selbst wenn ein Verhalten bereits gesetzlich untersagt ist, so schließt das nicht aus, daß neben die gesetzliche Wettbewerbsbeschränkung noch eine vertragliche Wettbewerbsbeschränkung i. S. v. § 1 GWB tritt, in der sich Unternehmen verpflichten, von bestimmten Formen wettbewerblicher Betätigung auf dem Markt nach eigenem Willen keinen oder nur begrenzten Gebrauch zu machen. [50]

2. 3. HEFERMEHL, der auch eine weite Wettbewerbsdefinition zugrundelegt, hält es für eine Wertungsfrage, ob der Wettbewerb durch eine Vereinbarung beschränkt wird. Diese lasse sich "nicht formal nach einem theoretischen Wettbewerbsmodell sondern nur nach dem Sinn der einzelnen Vorschrift, insbesondere dem Bereich des durch das GWB geschützten Wettbewerbs beantworten". [51] Nur im Rahmen der Lauterkeit sei die Wettbewerbsfreiheit statuiert; deshalb sei das Verbot unlauteren Wettbewerbs nicht als "Beschränkung" der Wettbewerbsfreiheit zu werten [52], denn im Bereich der Unlauterkeit gibt es "interessenjuristisch" keine Wettbewerbsfreiheit. [53] Verträge gegen unlauteren Wettbewerb beseitigen die Vollständigkeit des Wettbewerbs nicht und haben deshalb keinen wettbewerbsbeschränkenden Charakter. Die Wettbewerbsbeschränkung beginne daher erst wenn lauterer Wettbewerb behindert wird. [54] Da nicht jede

48) LUKES, Der Kartellvertrag, 1959, S. 125;
49) nur solche will LUKES zulassen, LUKES, aaO S. 124 f.;
50) MÜLLER-GIESSLER, GWB, § 1 Anm. 79;
51) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl., § 1 GWB Anm. 27, 51;
52) BAUMBACH-HEFERMEHL 9. Aufl. I Allg. Anm. 80; LÖFFLER/WENZEL, WRP 1960, 258;
53) FRANZEN, GemK. 2. Aufl. Vorb. 15 vor §§ 28 ff. GWB;
54) v. BRUNN, Festschrift für Isay, S. 184 f.;

Wettbewerbsbeschränkung gegen Sinn und Zweck des GWB verstoße, seien Kartelle gegen unlauteren Wettbewerb zulässig. [55] Die Befolgung der guten Sitten stelle keine Wettbewerbsbeschränkung dar. [56]

Im Gegensatz zur Auffassung von LUKES [57] schließen diese Ansichten eine Wettbewerbsbeschränkung nicht schon deshalb rechtslogisch aus, weil ein Verhalten, das den Verpflichtungen eines Vertrages gegen unlauteren Wettbewerb entspricht, doch nur die Folge des gesetzlich geschuldeten Verhaltens und nicht die Folge der Willensübereinkunft sei.
Vielmehr folgern sie aus einem bestimmten, von ihnen als gegeben angenommenen Sinn und Zweck von § 1 GWB, daß keine Wettbewerbsbeschränkungen nach § 1 GWB vorliegen, wenn unlauterer Wettbewerb beschränkt wird. Während Lukes eine Wettbewerbsbeschränkung überhaupt leugnet, verneinen die Vertreter der letztgenannten Ansichten nur eine "kartellrechtlich relevante Wettbewerbsbeschränkung" [58], denn es liege keine neue, zusätzliche Wettbewerbsbeschränkung bei der vertraglichen Beschränkung unlauteren Wettbewerbs vor. [59]

c. Formale - materielle Wettbewerbsbeschränkung

Der Gedanke, daß sich der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung nicht formal aus einem bestimmten Wettbewerbsbegriff, sondern nur aus dem Sinn und dem Zweck von § 1 GWB ableiten lasse, scheint auch der Auffassung FIKENTSCHERs zugrundezuliegen, wenn er zwischen formaler und materieller Wettbewerbsbeschränkung unterscheidet. [60] Während er den Begriff der formalen Wettbe-

---

55) GRIESBACH, BB 1962, 1015;
56) LÖFFLER/WENZEL, WRP 1960, 258;
57) LUKES, aaO;
58) WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 104; v. BRUNN, aaO, S. 185;
59) v. BRUNN, GRUR 1949, 146; TETZNER, UWG 2. Aufl. § 1 Anm. 39; vgl. auch: BKartA, Tätigkeitsbericht 1958, 59; BGH WuW/E/BGH 455; LG Düsseldorf WuW/E/LG/AG 160; FRANKFURTER KOMM. § 1 GWB Tz 31; HIRSCH, Kontrolle wirtschaftlicher Macht, S. 30 f.; MÜLLER-HENNEBERG, GemK. 2. Aufl. § 1 Anm. 29;
60) FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 45 ff., 103, 301; ders. WuW 1961, 799; BORCHARDT-FIKENTSCHER, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, 1957, S. 29 f., 46; vgl. zu dieser Unterscheidung: BRUGGER WuW 1959, 478 f.; RASCH-WESTRICK, GWB 3. Aufl. § 1 Anm. 16; RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 117; vgl. SANDROCK, Grundbegriffe des GWB, S. 395 ff.;

werbsbeschränkung formal aus dem Wettbewerbsbegriff ableitet, nimmt er eine materielle und kartellrechtlich relevante Wettbewerbsbeschränkung dann an, wenn eine formale Wettbewerbsbeschränkung "das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen durch Beschränkung der dem Kunden offenstehenden Alternativen beeinträchtigt". 61)

§ 1 GWB kennt die Unterscheidung von formaler und materieller Wettbewerbsbeschränkung nicht; inhaltlich läuft sie aber auf die Unterscheidung von "Wettbewerbsbeschränkung", wie sie § 1 GWB versteht (formale Wettbewerbsbeschränkung) einerseits und "Wettbewerbsbeschränkung + Marktbeeinflussung" (materielle Wettbewerbsbeschränkung) andererseits hinaus. 62) Verschafft die Beseitigung des Mitbewerberstrebens dem einzelnen Mitbewerber einen größeren marktstrategischen Spielraum und erlaubt ihm dies, sich den Wünschen der Kunden in geringerem Maße anzupassen, so hat die Wettbewerbsbeschränkung den Markteinfluß vergrößert 63). Dann liegt eine materielle Wettbewerbsbeschränkung zugunsten der beteiligten Mitbewerber und zu Lasten der Kunden vor. 64)
Während FIKENTSCHER in der Beschränkung unlauteren Wettbewerbs eine formale Wettbewerbsbeschränkung sieht, und damit eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. v. § 1 GWB annimmt, verneint er eine materielle Wettbewerbsbeschränkung, denn der Begriff der materiellen Wettbewerbsbeschränkung sei nur dann von Bedeutung, wenn es sich um die Beschränkung von billigenswertem (Rule of Reason ?), also lauteren Wettbewerb handelt. Materiell beschränkbar sei nur der lautere Wettbewerb. 65)

Besteht der Unterschied zwischen formaler und materieller Wettbewerbsbeschränkung darin, daß eine materielle Wettbewerbsbeschränkung erst vorliegt, wenn eine formale Wettbewerbsbeschränkung zu einer Steigerung des Markteinflusses führt 66), so müßte sich die Begründung dafür, daß die Beschränkung unlauteren Wettbewerbs zwar eine formale, aber keine materielle Wettbewerbsbeschränkung ist, da nur der lautere Wettbewerb materiell beschränkbar ist, aus dem Tatbestandsmerkmal "Beeinflussung der Marktverhältnisse", wie es § 1 GWB verwendet,

---

61) FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 48 f.; ders. WuW 1961, 789 ff.
Zur Kritik der Unterscheidung: KNÖPFLE, Wettbewerb, S. 289;
62) RAUSCHENBACH, aaO S. 117 f.;
63) BORCHARDT-FIKENTSCHER, aaO S. 29;
64) FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 45 ff.;
65) FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 301;
66) FIKENTSCHER, aaO, S. 45 ff., ders. WuW 1961, 799;
BORCHARDT-FIKENTSCHER, aaO, S. 29;

herleiten lassen. Die Auslegung des Begriffs der "Marktbeeinflussung" ist demnach ausschlaggebend dafür, ob nur der lautere Wettbewerb materiell beschränkbar ist [67], oder ob auch die Beschränkung unlauteren Wettbewerbs den Wettbewerb materiell beschränkt und damit die Voraussetzungen des § 1 GWB erfüllt.

d. "Beeinflussung der Marktverhältnisse"

Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen sind nach § 1 GWB unzulässig, wenn sie die Erzeugung oder die Marktverhältnisse beeinflussen.
Von Interesse für unsere Fragestellung ist nur, ob auch die Beschränkung unlauteren (rechtswidrigen, nicht schützenswerten) Wettbewerbs die Marktverhältnisse i. S. v. § 1 GWB beeinflußt.
"Markt" ist das "Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage nach funktionell austauschbaren Waren oder Dienstleistungen". [68] Daraus folgt, daß die Marktverhältnisse wirtschaftlich gesehen durch alle Eigenschaften, die einem Markt das Gepräge geben, bestimmt werden. Zu den Marktverhältnissen gehören auch die Art und Intensität des Wettbewerbs und die Art des Auftretens der Wettbewerber. [69]
Die Marktverhältnisse werden beeinflußt, wenn spürbar und nicht bloß theoretisch auf das Verhalten der Beteiligten eingewirkt wird. [70] Dabei sind sämtliche Wirkungen vertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen auf die wirtschaftlichen Außenbeziehungen beachtlich. [71]

Dienen vertragliche Vereinbarungen der Einschränkung unerlaubten Wettbewerbs, so läßt sich entgegen LUKES eine Beeinflussung der Marktverhältnisse durch derartige wettbewerbsläuternde Vereinbarungen nicht bereits mit dem Argument leugnen, daß ein eventueller Markteinfluß "nie die Folge der Willensübereinkunft unter den Beteiligten, sondern selbst bei einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung ... die Folge des nach dem Gesetz ohnehin geschuldeten Verhaltens" sei. [72]

---

67) FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 301;
68) BARNIKEL, WuW 1961, 247;
69) v. BRAUCHITSCH, Kartellrecht, § 1 Anm. V S. 633; v. BRUNN, WuW 1958, 407; Eb. GÜNTHER, Relevanter Markt, 1960, S. 17; LUKES, in Festschrift für Franz Böhm, S. 210; TETZNER, Kartellrecht, 2. Aufl. S. 18;
70) BGH NJW 1962, 1955, WuW 1966, 664; KG BB 1965, 11
MÜLLER-GIESSLER, GWB § 1 Anm. 87;
71) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 1 Anm. 43;
72) LUKES, Der Kartellvertrag, S. 125;

In Parallele zu den Ausführungen über den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung läßt sich auch hier sagen, daß kein Grund dafür besteht, der vertraglichen Vereinbarung die Fähigkeit zur Marktbeeinflussung deshalb abzusprechen, weil diese Marktbeeinflussung bereits eine Folge der gesetzlichen Verpflichtungen sei. Gesetzliche und vertragliche Pflichten können gleichzeitig auf dasselbe Ziel gerichtet sein. Auch wäre das praktische Bedürfnis, wettbewerbsläuternde Vereinbarungen abzuschließen, unverständlich, wenn diese keinerlei Eignung hätten, den Markt zu beeinflussen. Die vom Vertrag ausgehende Marktbeeinflussung kann schon darin gesehen werden, daß die vertraglichen Beziehungen und Bindungen zur Durchsetzung und Konkretisierung der gesetzlichen Vorschriften geeignet sind.
Da die Marktverhältnisse auch durch die Art und Intensität des Wettbewerbs und die Art des Auftretens der Wettbewerber bestimmt werden, sind alle Verträge, die unlauteren und übersteigerten Wettbewerb und unlauteres Auftreten von Wettbewerbern beschränken, geeignet, die Marktverhältnisse zu beeinflussen.

Dabei ist der Grad der Marktbeeinflussung unerheblich. [73] Auf den Umfang der Marktbeeinflussung kommt es nicht an; eine wesentliche Marktbeeinflussung verlangt § 1 GWB nicht. [74] Ein Element der Quantität und Intensität wollte der Wirtschaftspolitische Ausschuß gerade vermeiden, wenn er den Antrag, eine "wesentliche" Marktbeeinflussung in § 1 GWB zu fordern, ablehnte, weil er der Überzeugung war, "daß die Einfügung dieses einschränkenden Begriffsmerkmals Rechtsunsicherheit bei den Beteiligten und eine entscheidende Veränderung der Grundsatzvorschrift" des § 1 GWB bedeuten würde. [75]
Auch marktbeeinflussende Wettbewerbsbeschränkungen, die einen rechtlich gebilligten Zweck verfolgen, unterfallen zunächst grundsätzlich dem Kartellverbot des § 1 GWB [76]. Deshalb sind Verträge gegen unlauteren Wettbewerb auch dann von Einfluß auf die Marktverhältnisse, wenn diese nur ganz geringfügig durch unlauteren und übersteigerten Wettbewerb mitgeprägt werden. Werden Eigenschaften, die einem Markt das Gepräge geben, verändert, so werden auch

---

73) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 1 Anm. 52;

74) BKartA WuW/E/BKartA 192; BGHSt 14, 55 ff.; BGH WuW 1963, 127; BGH WuW/E BGH 726; KG WuW E/OLG 709 ff.; BENKENDORFF, WRP 1962, 148; RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 183;
a. A. BENISCH, WuW/E BGH 373 u. WuW 1958, 269 DERINGER, BB 1960, 343; FREY, WuW 1962, 17 ff., 18, 20; HABERKORN, GRUR 1960, 367; LIEBERKNECHT, GRUR 1960, 355; KRACHT, NJW 1958, 490 LG München, "BAUMA" WuW/E/LG/AG 255;

75) WiPolA, KURLBAUM zu § 1 GWB GemK. 1. Aufl. S. 1175;

76) a. A. LG München, aaO;

die Marktverhältnisse beeinflußt [77]. Auch unlauterer Wettbewerb kann einem Markt sein Gepräge geben.
Sieht man in der "Wettbewerbsbeschränkung" und in der "Marktbeeinflussung" eine "gedankliche Einheit" [78], so zieht jede Wettbewerbsbeschränkung eine Beeinflussung der Marktverhältnisse nach sich.
KNÖPFLE sieht im "Wettbewerb" und im "Markt" denselben Gegenstand nur von zwei verschiedenen Seiten betrachtet, wobei der "Wettbewerb" den Inhalt, der "Markt" den Umfang der Lage bezeichnet, die § 1 GWB schützen will. [79]

Wirtschaftlich gesehen beeinflußt jede Wettbewerbsbeschränkung den Markt. Die Marktregelung gehört gerade zum Wesen der Wettbewerbsbeschränkung. Wettbewerbsbeschränkungen würden nicht vorgenommen, wenn sie nicht der Beeinflussung des Marktes dienen sollten.

Es erscheint aber fraglich, ob sich der Begriff der "Marktbeeinflussung" i. S. v. § 1 GWB formal aus dem Begriff des "Marktes" und der "Marktverhältnisse" ableiten läßt. Die Tatsache, daß § 1 GWB neben einer "Wettbewerbsbeschränkung" auch noch eine durch die Wettbewerbsbeschränkung verursachte Marktbeeinflussung verlangt, legt die Annahme nahe, daß dem Tatbestandsmerkmal der "Marktbeeinflussung" eine eigene, spezifisch kartellrechtliche Bedeutung zukommen soll. [80]
Danach ist die Frage, ob die Beschränkung unlauteren Wettbewerbs auch eine kartellrechtlich relevante Marktbeeinflussung nach sich zieht, eine Wertungsfrage, die sich nur aus dem Sinn und Zweck von § 1 GWB lösen läßt.

e. Ergebnis

Die Behandlung des Wortlautes von § 1 GWB hat gezeigt, daß von der ursprünglichen, dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechenden wirtschaftlichen Deutung der Tatbestandsmerkmale "Wettbewerb", "Wettbewerbsbeschränkung", "Marktbeeinflussung" her jede Beschränkung des Wettbewerbs, auch die des unlauteren Wettbewerbs, den Kartelltatbestand erfüllen würde. Der Wortlaut von § 1 GWB gibt für sich allein betrachtet "keinen Ansatzpunkt für eine Einschränkung des Kartellverbotes in zeitlicher, gegenständlicher oder gar allgemein wirt-

77) LUKES, Festschrift für Fr. Böhm, S. 210
78) SCHMITZ, NJW 1961, 2092; BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 1 Anm. 25;
79) KNÖPFLE, Wettbewerb. S. 283; ders. WuW 1962, 176; vgl. LUKES, Der Kartellvertrag, S. 216 Fußnote 110;
80) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO;

schaftspolitischer Hinsicht[81], und das, obwohl der Deutsche Industrie- und Handelstag angeregt hatte, wegen der Zweifel, die die Fassung von § 1 GWB zuläßt, klarzustellen, daß nur solche Verträge oder Beschlüsse gegen § 1 GWB verstoßen, die lauteren Wettbewerb beschränken wollen, und obwohl darauf hingewiesen worden war, daß eine Klarstellung auch im Gesetzestext noch erfolgen müsse.[82]

Eine derartige Einschränkung, wie sie z.B. Art. 65 MUV enthält[83], läßt jedoch der Wortlaut von § 1 GWB nicht erkennen. Selbst wenn also der Gesetzgeber nur die Beschränkung lauteren Wettbewerbs mit § 1 GWB erfassen wollte[84], so können seine subjektiven Vorstellungen nach der "Andeutungstheorie" nur insoweit Beachtung finden, als sie im Gesetz selbst in irgendeiner Weise Ausdruck gefunden haben, selbst wenn der genaue Sinn einer solchen Andeutung "erst mit Hilfe der Materialien ermittelt werden kann"[85]. Eine solche "Andeutung" läßt sich aber im Wortlaut des § 1 GWB nicht finden.

Es kann deshalb keine Rede davon sein, daß der weitgefaßte Wortlaut von § 1 GWB die Frage offen lasse, ob uneingeschränkt alle Verträge, die einen Einfluß auf die Erzeugung oder auf die Marktverhältnisse haben, verboten sein sollen.

Sonst wären einer willkürlichen extensiven oder restriktiven Auslegung von Normen und Tatbestandsmerkmalen keine Schranken gesetzt.

Nur soweit der Sinnzusammenhang eine Einschränkung der im Sprachgebrauch üblichen, weiten wirtschaftlichen Auslegung der Tatbestandsmerkmale von § 1 GWB erfordert, ist eine solche zulässig.

Zur Ermittlung des Sinnzusammenhangs, in den § 1 GWB hineingestellt ist, kann auf die Materialien zum GWB, insbesondere auf die Begründung zum Regierungsentwurf und auf den schriftlichen Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestags, nicht verzichtet werden. In Zweifelsfällen hat dabei der Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses den Vorrang, denn er bezieht sich auf die Gesetz gewordene Fassung des GWB, während der Regierungsentwurf des GWB noch erhebliche Änderungen erfahren hat so daß die Begründung zum Regierungsentwurf nur bedingten Aussagewert hat.

---

81) RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 121;

82) MÖHRING, WuW 1954 (!) S. 389, 503 f.;

83) Art. 65 MUV: "Verboten sind alle Vereinbarungen ..., die darauf abzielen würden, ... den normalen Wettbewerb zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen."

84) Reg. Entw. GWB Ziff. 3 d zu § 1, GemK. 1. Aufl. S. 1076;

85) BVerfGE 11, 126; BACHOF, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des BVerwG Bd. II 7, S. 13, "Andeutungstheorie";

II. DIE BESCHRÄNKUNG UNLAUTEREN WETTBEWERBS: SINNZUSAMMENHANG UND MOTIVE VON § 1 GWB

a. "Nur der lautere Wettbewerb ist frei" - § 1 GWB

Nur der lautere und erlaubte Wettbewerb ist frei. [86] Dieser Grundsatz ist allgemein anerkannt. Er gilt nicht nur für das Wettbewerbsrecht, sondern für die gesamte Rechtsordnung. [87] Das bedeutet, daß die Freiheit des wettbewerblichen Handelns dort endet, wo die Rechtsordnung und das Sittengesetz Schranken ziehen. [88]

Von diesem Grundsatz wollen manche Autoren unmittelbar auf den Anwendungsbereich des § 1 GWB schließen. § 1 GWB schütze nur den lauteren Wettbewerb, denn nur der lautere Wettbewerb sei frei, nur im Rahmen des lauteren Wettbewerbs sei die Wettbewerbsfreiheit gerechtfertigt. [89]

Dieser Schluß ist zwar denkbar, aber nicht zwingend. Mit welchen rechtstechnischen Mitteln der Gesetzgeber den Grundsatz, daß nur der lautere Wettbewerb frei ist, verwirklichen will, bleibt ihm überlassen.
In unserer Rechtsordnung stellen die Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts die Normen zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs zur Verfügung.

Auch wenn § 1 GWB die Beschränkung unlauteren Wettbewerbs durch Kartellverträge ausdrücklich untersagen würde, so würde das nicht bedeuten, daß § 1 GWB in Umkehrung der Ausgangsthese den unlauteren Wettbewerb im Widerspruch zum allgemeinen Wettbewerbsrecht schützt.
Es ist weder Aufgabe des GWB, unlauteren Wettbewerb zu bekämpfen, noch dem Gesetzgeber als rechtstechnisches Mittel des Kartellrechts verwehrt, auch die Beschränkung unlauteren Wettbewerbs durch ein grundsätzliches Kartellverbot zu untersagen und zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs auf die dazu geschaffenen Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu verweisen.

---

86) FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 104, 300; ders. in Festschrift für Hallstein, S. 135, 143; DÖRINKEL, WuW 1960, 595; HUBMANN, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 61; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, Bd. III, Deutschland, S. 25;

87) KELSEN, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 388;

88) FIKENTSCHER, aaO; HEINTZELER, Die Grenzen zulässiger Preisunterbietung, Diss. Tübingen, 1931 S. 62; HUBMANN, aaO; STEINDORFF, in: Summum ius summa iniuria S. 59 f.

89) BKartA WuW/E/BKartA 148 "Doppelstecker"; DÖRINKEL, aaO; OEHLER, Wettbewerbsregeln, S. 56;

Aus dem allgemeinen Grundsatz, daß nur der lautere Wettbewerb frei ist und daß die Wettbewerbsfreiheit da endet, wo die Unlauterkeit beginnt, läßt sich also noch nicht schließen, daß § 1 GWB nur die Beschränkung lauteren Wettbewerbs untersagt.

b. Schutzbereich des GWB - § 1 GWB

Nach ganz überwiegender Meinung schützt das Kartellrecht (GWB) nur den lauteren und rechtmäßigen Wettbewerb. [90] Daraus will man schließen, daß der Anwendungsbereich des GWB erst dort beginnt, wo das UWG endet [91], und daß sich deshalb auch der Anwendungsbereich von § 1 GWB auf den lauteren Wettbewerb beschränkt. [92] Nach KROITZSCH kann das Kartellgesetz keinen Wettbewerb schützen, der gegen die guten Sitten verstößt; daher könne es auch keine Vereinbarungen gegen unlauteren Wettbewerb erfassen [93]. Auch diese Ansicht ist nicht zwingend !

1. "Enge Verzahnung" von UWG und GWB

Um zu einer exakten Abgrenzung von UWG und GWB zu kommen und um auf diese Weise Kollisionsfälle auszuschließen, übersieht diese Ansicht, daß die Vorschriften des UWG und des GWB an manchen Stellen "eng verzahnt" sind. [94]

---

90) BGH WuW/E/BGH 451, 455 f.; KG WuW/E/OLG 755 ff., 760; KELLERMANN WuW 1965, 552, 561; KROITZSCH, GRUR 1965 12; KOENIGS, GRUR 1958, 590; LANGEN, KartG. 4. Aufl. § 1 Anm. 80; MÜLLER-HENNEBERG, GemK. 2. Aufl. § 1 Anm. 19, 56; RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 103, 121; RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 181, 252 f.; WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 104;

91) FIKENTSCHER in: Festschrift für Hallstein S. 135; KOENIGS, GRUR 1958, 590; ders. NJW 1961, 1042; RAUSCHENBACH, aaO S. 144; SCHMITZ NJW 1961, 2090; SUMMERER, WRP 1959, 311, 313; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, Bd. III, Deutschland, S. 26;

92) KOENIGS, GRUR 1959, 581; ders. GRUR 1958, 590; ders. NJW 1961, 1042; GRIESBACH, BB 1962, 1015; MÜLLER-HENNEBERG, GemK. 2. Aufl. § 1 Anm. 19 unter Hinweis auf die Begründung zum Reg. Entw. und - zu Unrecht - auch auf den Bericht des WiPolA; KELLERMANN, in Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 62;

93) KROITZSCH, GRUR 1965, 12;

94) Ber. WiPolA I C I Generalbericht u. V Vorb. vor § 26 a in GemK. 1. Aufl. S. 1164, 1194; BGH 16. 3. 1954 (') WuW/E/BGH 65, 68, BAUMBACH-HEFERMEHL. 9. Aufl. Bd. I Allg. Anm. 80; FIKENTSCHER in Festschrift für Hallstein S. 135; FRANZEN, GemK. 2. Aufl. Vorb. 7 vor §§ 28 ff. GWB, ULMER-REIMER, aaO, S. 28; NIPPERDEY/STUMPF, Wirtschaftsrecht, S. 730;

Erfüllt ein sittenwidriger Boykott oder eine sittenwidrige Diskriminierung zugleich die Voraussetzungen der §§ 25 ff GWB, so schließt die Anwendbarkeit von § 1 UWG nicht die der §§ 25 ff. GWB aus. Das wäre jedoch zwingend der Fall, wenn der Anwendungsbereich der Vorschriften des GWB erst dort beginnen würde, wo der der Vorschriften des UWG endet.

2. Subsidiarität von UWG und GWB ?

Deshalb erscheint es auch nicht richtig, eine Subsidiarität des GWB und seiner Vorschriften gegenüber denen des allgemeinen Wettbewerbsrechts anzunehmen [95], weil die vom UWG geschützten guten Sitten Vorrang vor der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des GWB genießen. [96]

Diese Ansicht läßt sich jedoch nicht schon damit widerlegen, daß das Argument, der Schutz der guten Sitten nach § 1 UWG habe Vorrang vor § 1 GWB, zusammenfalle, wenn man erkenne, daß § 1 UWG nicht nur der Durchsetzung der guten Sitten diene [97] und daß der Freiheitsschutz im Wettbewerb sogar logisch der Lauterkeit vorgehe, da die Beurteilung, ob eine Wettbewerbshandlung lauter oder unlauter ist, die Freiheit des Wettbewerbs voraussetze. [98]

Richtig ist zwar, daß sich die rechtsethisch fundierten Normen des allgemeinen Wettbewerbsrechts und die an bestimmten Rechts- und Güterwerten orientierten wirtschaftspolitischen Normen des GWB qualitativ weitgehend nicht unterscheiden lassen und die formale Bestimmung eines Vorrangs der guten Wettbewerbssitten vor der Wirtschaftspolitik nicht zulassen. Ebenso richtig ist es, daß auch der unlautere Wettbewerb zunächst Wettbewerbsfreiheit voraussetzt.

Mit diesen Aussagen ist jedoch nichts über die rechtstechnische Ausgestaltung von UWG und GWB und über ihr vom Gesetzgeber bestimmtes Verhältnis zueinander ausgesagt. Nur soviel läßt sich feststellen, daß sowohl das UWG wie auch das GWB wirtschaftliche Bewegungsfreiheit voraussetzen und daß sich beide Gesetze gegen bestimmte Formen des Mißbrauchs dieser Freiheit wenden, das GWB gegen die Aufhebung dieser Freiheit, das UWG gegen übersteigerten Gebrauch dieser Freiheit, wobei sich UWG und GWB dann überschneiden, wenn übermäßiger Gebrauch der Wettbewerbsfreiheit diese auszuschalten droht, wie z. B. beim Vernichtungswettbewerb oder beim Boykott.

---

95) So aber SUMMERER, WRP 1959, 313; KOENIGS, GRUR 1958, 590;

96) Vgl. MANGOLD, Preislistenzwang, S. 100; vgl. auch OEHLER, Wettbewerbsregeln, S. 56;

97) So aber MANGOLD, aaO, S. 100;

98) MANGOLD, aaO, S. 105; KUMMER, Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, 1960, S. 119;

3. Schutz des unlauteren Wettbewerbs durch das GWB ?

Die zunächst einleuchtende These, daß das GWB nur den lauteren Wettbewerb schütze und daß deshalb nur die Beschränkung lauteren Wettbewerbs vom GWB erfaßt werde, beinhaltet gleichzeitig die Behauptung, daß der Schutz des GWB auch unlauterem Wettbewerb zukäme, daß also auch unlauterer Wettbewerb geschützt würde, wenn man den Anwendungsbereich des GWB auf das gesamte Gebiet des Wettbewerbs, also auch auf den unlauteren Wettbewerb erstrecken würde. Fragt man jedoch nach dem Inhalt des Schutzes, den das GWB gewährt, so verliert die These, daß das GWB nur den lauteren Wettbewerb schütze, schnell an Überzeugungskraft.
Aufgabe des GWB ist es nicht, die Lauterkeit des Wettbewerbs zu schützen, sondern vielmehr den (lauteren) Wettbewerb vor Beschränkungen zu schützen. Richtig müßte es daher heißen: "Das GWB schützt nur den lauteren Wettbewerb vor vertraglichen Beschränkungen durch Private, nicht dagegen den unlauteren".

Der Gesetzgeber kann jedoch sehr gute Gründe gehabt haben, jegliche Beschränkung des Wettbewerbs, auch die des unlauteren Wettbewerbs in einem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu untersagen und die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zu überlassen.
Die These, daß das GWB nur den lauteren Wettbewerb vor Beschränkungen schütze, ist zwar rechts politisch vertretbar [99], aber nicht in irgendeiner Weise rechts logisch zwingend.
Der Beweis für ihre Richtigkeit kann daher nur aus der tatsächlichen Ausgestaltung der Normen des GWB gewonnen werden. Das bedeutet aber, daß nicht gerade umgekehrt von dieser These aus - das GWB schützt nur den lauteren Wettbewerb - auf den Inhalt der Normen des GWB, insbesondere von § 1 GWB, geschlossen werden darf (petitio principii !).

---

99) Nicht minder einleuchtend wäre es, davon auszugehen, daß das GWB nur den wirtschaftspolitisch erwünschten, den schützenswerten Wettbewerb schütze, nicht dagegen den volkswirtschaftlich schädlichen, funktionswidrigen Wettbewerb. Ein Anklang an die Auslegung von § 1 GWB unter Zugrundelegung dieser These findet sich in der "Doppelstecker-Entscheidung" des BKartA WuW/E/BKartA 145 ff.;

4. Schluß vom Gesetzeszweck auf den Inhalt einer einzelnen Norm ?

Selbst wenn man aber die Richtigkeit der These unterstellen wollte, daß das GWB nur den lauteren Wettbewerb vor vertraglichen Beschränkungen schützen wolle, so erlaubt dies noch nicht den Schluß auf den Inhalt einer einzelnen Norm des GWB. Der teleologische Schluß von einem komplexen Gesetzeszweck auf den Inhalt einer einzelnen Norm dieses Gesetzes kann richtig sein; er ist jedoch wiederum nicht zwingend [100]. Vor allem darf bei einem solchen Schluß nicht die systematische Stellung und Funktion einer einzelnen Norm im Normengefüge eines Gesetzes übersehen werden und die einzelne Norm bei der Interpretation aus dem systematischen Zusammenhang gerissen werden, in dem sie mit den anderen Vorschriften eines Gesetzes steht.
§ 1 GWB stellt lediglich einen Grundsatz auf, der in den folgenden Vorschriften des GWB noch viele Einschränkungen erfährt.
Aus Sinn und Zweck von § 1 GWB und seiner Stellung im Sinnzusammenhang des GWB soll daher der Anwendungsbereich von § 1 GWB und die Auslegung seiner einzelnen Tatbestandsmerkmale bestimmt werden.

c. Das Verhältnis von § 1 GWB zu den §§ 2 - 8, 28 ff. GWB

Die Ansicht, daß sich der Anwendungsbereich von § 1 GWB nur auf den lauteren Wettbewerb erstrecke, wird meist nicht begründet, sondern nur als Behauptung zum Ausgangspunkt für Schlußfolgerungen genommen. [101] Soweit neben den unter a) und b) genannten Ansichten überhaupt Begründungen für die Richtigkeit der Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 1 GWB auf den lauteren oder gar nur den schützenswerten Wettbewerb gebracht werden, stützen sie sich darauf, daß es Rechtsgüter gebe, die vor der Wettbewerbsfreiheit vorrangig sind

100) HALBEY, WRP 1967, 79;

101) Vgl. BGH WuW/E/BGH 451; BKartA WuW/E/BKartA 621; BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 1 Anm. 36 ff., § 28 Anm. 9; BENISCH, WuW 1956 (!) S. 643; ders. DB 1963, 953; KARTTE, DB 1962, 1677 ff.; KELLERMANN, WuW 1965, 552; ders. in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 61 ff.; LANGEN, Kartellgesetz, 4. Aufl. § 1 Anm. 80; MANGOLD, Preislistenzwang, S. 80; MÖHRING, NJW 1963, 83; Eb. GÜNTHER, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 22; MÜLLER/GIESSLER, GWB, S. 28 Anm. 25;

und die deshalb eine Güterabwägung notwendig machen. [102] Bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen seien sozialadäquat und daher nicht rechtswidrig. [103] Einschränkungen seien "zwingend notwendig" [104]; es bestehe ein "praktisches Bedürfnis", § 1 GWB einschränkend auszulegen. [105]
Andere begnügen sich mit dem Hinweis auf die Begründung zum Regierungsentwurf eines GWB [106] oder - zu Unrecht - auf den schriftlichen Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses im Zusammenhang mit der Begründung zum Regierungsentwurf, obwohl diese sich in dieser Beziehung inhaltlich widersprechen. [107]
Die Behandlung des Vorrangs bestimmter Rechtsgüter vor dem Rechtsgut der Wettbewerbsfreiheit, der Sozialadäquanz und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen und der Notwendigkeit einer Einschränkung des Verbotsbereichs von § 1 GWB darf sich nicht allein auf die Interpretation von § 1 I 1 GWB beschränken, ohne dabei den Sinn und den Zweck von § 1 I 1 GWB und den Sinnzusammenhang, in den § 1 GWB innerhalb des GWB gestellt ist, zu berücksichtigen.

---

102) BKartA WuW/E/BKartA 145 ff., 148, 370; BKartA Tätigkeitsbericht 1964, 16; BIEDENKOPF, BB 1966, 1116; v. BRAUCHITSCH, Kartellrecht § 1 Anm. VII 2 a, b, S. 634; KOENIGS, GRUR 1958, 590; LANGEN, aaO § 1 Anm. 66; MÜLLER-GIESSLER, GWB § 1 Anm. 83; MÜLLER-HENNEBERG, GemK. 2. Aufl. § 1 Anm. 56, 60; SPENGLER, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, 1960, S. 44; vgl. RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 121;

103) Vgl. BALLERSTEDT, in: Festschrift für Fr. Böhm S. 195; BENKENDORFF, WRP 1962, 150; VOGEL, JZ 1958, 111;

104) MÜLLER-HENNEBERG, aaO § 1 Anm. 55;

105) RAUSCHENBACH, aaO, S. 121; vgl. weiterhin: BKartA WuW/E/BKartA 148; LANGEN, aaO § 1 Anm. 67: "es wäre seltsam ..."; MÜLLER-HENNEBERG, aaO, § 1 GWB Anm. 60: "es ist nicht anzunehmen ..."

106) BKartA, aaO; Kooperationsfibel des BWM WuW/E/BWM 133; BENKENDORFF, WuW 1958, 419; MÜLLER-HENNEBERG, GemK. 1. Aufl. § 1 Anm. 22;

107) BKartA, aaO; BEHRENS, NJW 1958, 484; MÜLLER-HENNEBERG, GemK. 2. Aufl. § 1 Anm. 19; KELLERMANN, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 62 Fußnote 2;

1. Das Verhältnis von § 1 I 1 GWB zu § 1 I 2, §§ 2 ff. GWB

Mit dem GWB bezweckte der Gesetzgeber kein absolutes Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen. Der Katalog der Ausnahmen vom Kartellverbot, die das GWB ausdrücklich zuläßt, ist so umfangreich, daß manche Autoren nicht vom Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen sondern vom Recht der Wettbewerbsbeschränkungen sprechen. Damit ist jedoch nichts über die "Funktion und den Inhalt von § 1 GWB ausgesagt; von dem komplexen Zweck" des GWB kann nicht zwingend auf den Inhalt einer auszulegenden Norm geschlossen werden ! [108]

§ 1 I 1 GWB stellt lediglich einen Grundsatz auf: Alle Vereinbarungen, die die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs beeinflussen, sind unwirksam. Seiner Rechtsnatur nach handelt es sich bei § 1 I 1 GWB also um einen Gefährdungs tatbestand. [109] Für die Anwendbarkeit von § 1 GWB genügt es, daß die typische Gefahr von marktbeeinflussenden Wettbewerbsbeschränkungen vorliegt. [110] Die Einfügung eines einschränkenden Begriffsmerkmals hielt der Wirtschaftspolitische Ausschuß für untunlich, da das bei den Beteiligten Rechtsunsicherheit "und eine entscheidende Veranderung der Grundsatzvorschrift bedeuten würde". "Die Grundsatzregelung des § 1 GWB gilt für alle Verträge und Beschlüsse, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen". [111]
Die Verbotsvorschrift des § 1 I 1 GWB gilt nur dann nicht, soweit das Gesetz etwas anderes bestimmt. § 1 I 2 GWB [112].

Aus dem Verhältnis von § 1 I 1 GWB und § 1 I 2 GWB ergibt sich, daß § 1 GWB vom Grundsatz eines strikten Kartellverbots ausgeht. [113] Dieses strikte Kartellverbot wäre entgegen dem Willen des Gesetzgebers mühelos zu umgehen, ließe man eine enge, dem Sprachgebrauch widersprechende Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB zu oder würde man den Verbotsbereich von § 1 GWB von vornherein auf bestimmte Formen schützenswerten Wettbewerbs beschränken.
Vielmehr spricht gerade die Tatsache, daß das GWB in § 1 zunächst grundsätzlich alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen untersagt, um dann in den §§ 2 ff., 28 ff. Ausnahmen von diesem grundsätzlichen Verbot

108) HALBEY, WRP 1967, 79;
109) BALLERSTEDT, Festschrift für Fr. Böhm, S. 179, 185; HALBEY, aaO;
110) HALBEY, aaO;
111) Bericht des WiPolA zu § 1 GWB, GemK. 1. Aufl. S. 1175;
112) Vgl. den Bericht des WiPolA, aaO;
113) MANGOLD, Preislistenzwang, S. 81;

zuzulassen, für einen weiten Verbotsbereich und für eine weite Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB. Schutzobjekt von § 1 GWB sind nicht nur bestimmte Formen des Wettbewerbs, sondern die "maxima competitio in toto". [114] § 1 I 1 GWB will den Wettbewerb schlechthin garantieren. Diese Ansicht findet eine Stütze im Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses zu § 1 GWB, wo bewußt von einer weiten Auslegung des Wettbewerbsbegriffes ausgegangen wurde und unter wirtschaftlichem Wettbewerb jede Art wirtschaftlicher Handlung verstanden wurde, "die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen". [115]

Schon das spricht dafür, den Grundsatz des § 1 I 1 GWB auf jede Wettbewerbsbeschränkung, auch auf die Beschränkung unlauteren Wettbewerbs, anzuwenden.

2. Rule of Reason - §§ 2 ff, 28 ff. GWB

Der Hinweis in § 1 I 2 GWB, daß Ausnahmen vom grundsätzlichen Kartellverbot nur zulässig sind, soweit sie das Gesetz ausdrücklich vorsieht, findet seine Erklärung in der Geschichte des GWB.
Durch das GWB wurde in Deutschland das alliierte Dekartellierungsrecht abgelöst, das sich unmittelbar an das amerikanische Antitrustrecht anlehnte. Um zu den wirtschaftlich notwendigen Ausnahmen vom strengen Kartellverbot des § 1 Sherman Act zu gelangen, war vom Supreme Court der USA für bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen die sog. "Rule of Reason" entwickelt worden. [116]
Sie lag auch der vorgesetzlichen Rechtsprechung des BGH zum alliierten Dekartellierungsrecht zugrunde, nach der die Beschränkung unlauteren Wettbewerbs nicht verboten ist. [117] Wenn auch die Rule of Reason terminologisch enger gefaßt ist, so läßt sich systematisch das Verbot unlauteren Wettbewerbs als rechtspolitische Rule of Reason auffassen. [118]

---

114) SCHMITZ, NJW 1961, 2092; a. A. HEFERMEHL, JZ 1962, 364;
115) Bericht des WiPolA, KURLBAUM zu § 1, GemK. 1. Aufl. S. 1175;
116) Vgl. RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 120 f.; MÜLLER-HENNEBERG, GemK. 2. Aufl., Einführung III 1, S. 54 f.;
117) BGH WuW/E BGH 23 "Hummelfiguren"; 30 "Sprechstunden"; 38 "Werbeauftrag"; 65 "Warenkredit";
118) BORCHARDT-FIKENTSCHER, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, S. 47; FIKENTSCHER, Festschrift für Hallstein, S. 143; ders. GRUR AIT 1966, 185;

Wettbewerbsbeschränkende Verträge gegen unlauteren Wettbewerb waren durch die Rule of Reason gedeckt.

Eine Ausnahmegeneralklausel, wie sie die Rule of Reason darstellt, sollte nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, wie er in § 1 I 2 GWB seinen Niederschlag gefunden hat, für das GWB gerade nicht gelten. Vielmehr sollten in den §§ 2 ff. GWB die zulässigen Ausnahmen vom Kartellverbot als gesetzlich konkretisierte Fälle der Rule of Reason abschließend geregelt sein. [119]

Auch die Vorschriften der §§ 28 ff. GWB über die Wettbewerbsregeln gegen nicht schützenswerten Wettbewerb sind systematisch als Ersatz einer im GWB fehlenden rechts- oder wirtschaftspolitischen Generalklausel der Rule of Reason zu verstehen. [120]

Die §§ 2 ff., 28 ff. GWB lassen deutlich das Bemühen des Gesetzgebers erkennen, alle Fälle der Rule of Reason, die eine Ausnahme vom Kartellverbot rechtfertigen, in besonderen Vorschriften zu erfassen und genau zu beschreiben. Das deutet darauf hin, daß es nicht mit dem Willen des Gesetzgebers in Einklang steht, bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen durch eine Einschränkung des Verbotsbereichs von § 1 GWB bzw. durch eine enge Auslegung seiner einzelnen Tatbestandsmerkmale von vornherein vom Kartellverbot auszunehmen; die mittels der §§ 1 I 2, 2 ff., 28 ff. GWB ausgeschlossene Rule of Reason würde durch die Hintertür wieder hereingelassen und damit der im GWB objektiv zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers umgangen, wollte man bereits den in § 1 GWB niedergelegten Grundsatz nur auf bestimmte Formen des Wettbewerbs anwenden.

3. § 8 GWB - Ausnahmegeneralklausel

Daß dem Kartellverbot des § 1 I 1 GWB eine umfassende Bedeutung zukommen soll, ergibt sich auch aus § 8 GWB; nach § 8 I GWB kann der Bundeswirtschaftsminister (!) die Erlaubnis zu einem Kartell erteilen, "wenn ausnahmsweise die Beschränkung des Wettbewerbs aus überwiegenden Gründen der Ge-

---

119) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 1 Anm. 48; v. BRAUCHITSCH, Kartellrecht S. 634; FRANKFURTER KOMM. § 1 Anm. 36; FRANZEN, GemK. 2. Aufl. § 28 Anm. 9; KOENIGS, GRUR 1958, 592; MÜLLER-GIESSLER, GWB § 1 Anm. 86; MÜLLER-HENNEBERG, GemK. 2. Aufl. § 1 Anm. 55; RASCH-WESTRICK, GWB 3. Aufl. § 1 Anm. 16; RAUSCHENBACH, aaO, S. 120 f.; REIMANN, WRP 1956, 149; RINCK, Wirtschaftsrecht S. 183.

120) FIKENTSCHER, GRUR AIT 1966, 186;

samtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig ist".
§ 8 I GWB hat die Funktion einer beschränkten Ausnahmegeneralklausel vom strengen Kartellverbot des § 1 I 1 GWB. [121] Während in der Begründung zum Regierungsentwurf eines GWB eine solche Generalklausel noch abgelehnt wurde, um nicht die Gefahr heraufzubeschwören, "das Gesetz von heute auf morgen mit einem völlig veränderten Inhalt auszufüllen" [122], hielten der Bundesrat und der Wirtschaftspolitische Ausschuß eine solche Vorschrift für notwendig, um neuartigen wirtschaftlichen Entwicklungen Rechnung tragen zu können [123], wenn die Ausnahmen der §§ 2 - 7 GWB nicht ausreichen. [124] Wenn derartige Sonderkartelle nach § 8 GWB nur vom Bundesminister für Wirtschaft, statt wie üblich, von den zuständigen Kartellbehörden erlaubt werden können, und wenn eine Erlaubnis nur erteilt werden kann (Ermessen), falls überwiegende Gründe der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls eine Beschränkung des Wettbewerbs "notwendig" machen, so bestätigt das wieder die These, daß § 1 I 1 GWB ein umfassendes Kartellverbot aufstellt, das eine restriktive Auslegung des Kartelltatbestandes verbietet.
Sind Ausnahmen vom Kartellverbot neben den in den §§ 2 ff. GWB genannten Kartellen nur unter den besonders strengen Voraussetzungen des § 8 I GWB (überwiegende Gründe der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls, ausnahmsweise, notwendig) zulässig, so genügt nicht bereits ein "praktisches Bedürfnis" [125], durch einschränkende Auslegung des Kartelltatbestandes oder durch eine Einschränkung des Verbotsbereichs von § 1 GWB bestimmte Gruppen von Kartellen generell vom Kartelltatbestand auszunehmen, ohne daß sie noch irgend einer behördlichen Kontrolle unterliegen; und erweisen sich bestimmte Kartellformen als "zwingend notwendig" [126] (notwendig im Hinblick worauf ?), so rechtfertigt das nicht eine Einschränkung des Kartelltatbestandes, sondern erfordert ein Verfahren nach § 8 I GWB, d.h. der Bundeswirtschaftsminister kann die Beschränkung des Wettbewerbs erlauben, wenn sie aus Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls ausnahmsweise notwendig ist.

In den Zusammenhang mit § 8 I GWB gehört auch der Versuch, eine restriktive Auslegung von § 1 GWB damit zu begründen, "daß ein abstraktes Verbot jeder

121) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 8 Anm. 1; v. BRAUCHITSCH, Kartellrecht S. 645; MÜLLER-GIESSLER, GWB, § 8 Anm. 2; RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 135;
122) Begr. Reg. Entw., GWB B I 1
123) v. BRAUCHITSCH, aaO;
124) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO;
125) RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 121;
126) MÜLLER-HENNEBERG, GemK. 2. Aufl. § 1 Anm. 55;

horizontalen Absprache zur Beschränkung des Wettbewerbs notwendig andere Schutzbereiche der Rechts- und Sittenordnung einer Gemeinschaft berühren muß", was es deshalb erforderlich macht, "ihm seinen Platz im gesamten, alle Lebensbereiche erfassenden Ordnungsgefüge einer Gemeinschaft zuzuweisen", wobei sich die Grenzen zwischen den einzelnen Gemeinschaftsordnungen aus dem Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter ergeben. [127] Vom Einzelfall hänge es ab, ob dem in § 1 GWB verfolgten Gesetzeszweck Vorrang gebühre. [128] Sei eine Wettbewerbsbeschränkgung sozialadäquat - und das ergebe sich aus der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung - so fehle ihr die Rechtswidrigkeit ! [129]

1. Wäre die Ansicht richtig, daß § 1 GWB dann nicht anwendbar ist, wenn Wettbewerbsbeschränkungen dem Schutz von Rechtsgütern dienen, die Vorrang vor dem Rechtsgut der Wettbewerbsfreiheit genießen, so wäre für die Anwendbarkeit von § 8 GWB kein Raum mehr; denn § 8 GWB setzt gerade voraus, daß überwiegende (Vorrang !) Gründe des Gemeinwohls und der Gesamtwirtschaft eine Wettbewerbsbeschränkung ausnahmsweise notwendig machen.

2. Ein zweites Argument gegen die Einschränkung von § 1 GWB bei vorrangigen Rechtsgütern, die Wettbewerbsbeschränkungen zum Schutze dieser vorrangigen Rechtsgüter als sozialadäquat rechtfertigen, ist die mit der dafür erforderlichen Güterabwägung verbundene Rechtsunsicherheit. [130]

3. Auch ist die in der Ansicht, daß § 1 GWB nicht anwendbar sei, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung dem Schutze eines vorrangigen Rechtsgutes diene, immanent enthaltene Behauptung nicht richtig, daß man der Wettbewerbsfreiheit den Vorrang vor anderen Gemeinschaftswerten zubilligen würde, wenn man derartige Wettbewerbsbeschränkungen nicht vom Kartellverbot ausnehmen würde.

§ 1 GWB untersagt nur vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen, soweit nicht einer der Ausnahmetatbestände gegeben ist. Als Gefährdungstatbestand will § 1 GWB verhindern, daß vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen, die angeblich einem Sicherheits- und Ordnungszweck dienen, nur einen Vorwand für marktpolitische Maßnahmen darstellen. Auf diesen Gesichtspunkt hat auch das BKartA

127) BKartA WuW/E/BKartA 149;
128) BGH DB 1963, 250; MÜLLER-HENNEBERG, aaO § 1 Anm. 56; vgl. LANGEN, KartG. § 1 Anm. 66;
129) SPENGLER, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, 1960, S. 42; vgl. LANGEN, KartG. § 1 Anm. 65; vgl. dazu SANDROCK, Grundbegriffe des GWB, S. 322 ff.;
130) RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 121;

in seiner der Lehre von den vorrangigen Rechtsgütern zugrundegelegten "Doppelstecker - Entscheidung" [131] hingewiesen. Wenn es dort weiterhin fordert, daß der Öffentlichkeit Gelegenheit zur Erhebung von Einwendungen gegen derartige Selbstbeschränkungen gegeben werden müsse, so spricht es im Grunde genommen nur den mit der staatlichen Kontrolle von Kartellen verfolgten Zweck an. § 1 GWB verbietet zwar Wettbewerbsbeschränkungen, soweit nicht in den §§ 2 ff., 28 ff. GWB Ausnahmen vorgesehen sind, § 1 I 2 GWB, hindert aber nicht daran, ein vorrangiges Rechtsgut mit den in der Rechtsordnung dafür vorgesehenen Rechtsmitteln zu schützen.

Das gilt auch für die Lauterkeitsverträge. Auch wenn der Lauterkeit im Wettbewerb der Vorrang vor der Wettbewerbsfreiheit einzuräumen ist, so heißt das nur, daß die Pflicht zur Lauterkeit die Wettbewerbsfreiheit beschrankt, sagt aber noch nichts darüber aus, welche Mittel die Rechtsordnung zur Verfügung stellt, die Lauterkeit gegenüber der Wettbewerbsfreiheit durchzusetzen.

Aus dem umfassenden Charakter des Kartellverbots ist zu schließen, daß Lauterkeitsverträge nicht unter Umgehung des generellen Kartellverbots abgeschlossen werden dürfen. Auch der Gedanke der Sozialadäquanz von Wettbewerbsbeschränkungen, durch die vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen die Rechtswidrigkeit genommen werden soll [132], hilft nicht weiter.

Abgesehen davon, daß § 1 GWB kein ausdrückliches Erfordernis der Rechtswidrigkeit kennt, folgt das Unwerturteil über Wettbewerbsbeschränkungen bereits unmittelbar aus der Tatbestandsmäßigkeit eines Kartells; die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit. Deshalb ist die Forderung, über die Ausnahmeregelungen der §§ 2 - 8, 28 ff. GWB weitere Ausnahmen vom Kartellverbot des § 1 GWB zuzulassen, wenn ein Unwerturteil bei Verwirklichung des Kartelltatbestandes nicht als gerechtfertigt erscheint, nur de lege ferenda zu erfüllen. Mit der Systematik des derzeitigen Kartellrechts lassen sich weitere, nicht im GWB genannte Ausnahmen vom grundsätzlichen und umfassenden Kartellverbot des § 1 GWB nicht vereinbaren.

4. §§ 28 ff. GWB und Lauterkeitsverträge

Zur Begründung für die Ansicht, daß § 1 GWB nur die Beschränkung lauteren Wettbewerbs untersage, sich dagegen auf Verträge zur Beschränkung unlauteren Wettbewerbs nicht erstrecke, wird häufig auf die Materialien zum GWB verwiesen. [133]

131) BKartA WuW/E/BKartA 145 ff.;

132) SPENGLER, aaO, S. 42 ff.; vgl. LANGEN, aaO, § 1 Anm. 65 f.;

133) Vgl. Bundeswirtschaftsministerium, Kooperationsfibel, WuW/E/BWM 133; BKartA WuW/E/BKartA 148; BENKENDORFF, WuW 1958, 419; BEHRENS, NJW 1958, 484; MÜLLER-HENNEBERG, GemK. 2. Aufl. § 1 Anm. 19; KELLERMANN in Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 62 Fußn. 2; OEHLER, Wettbewerbsregeln, S. 56 Fußnote 293;

4.1. Begründung zum Regierungsentwurf

Tatsächlich rechtfertigt die Begründung zum Regierungsentwurf die oben genannte Ansicht. [134] Dort wird als Wettbewerb das Streben betrachtet, "durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen". Das Streben müsse sich allerdings der Formen des lauteren Wettbewerbs bedienen. § 1 UWG verbiete alle Maßnahmen des unlauteren Wettbewerbs; "diese liegen außerhalb des Bereichs, in dem sich der durch das vorliegende Gesetz geschützte freie Wettbewerb abspielt. Vereinbarungen, die lediglich Maßnahmen des unlauteren Wettbewerbs unterbinden wollen ...., werden durch das Verbot des § 1 nicht erfaßt". [135]

Die Begründung zum Regierungsentwurf sieht also nur den lauteren Wettbewerb als Wettbewerb im Sinne des § 1 Reg.Entw. GWB an; das führt zwangsläufig zu dem Ergebnis, daß auch nur die Beschränkung lauteren Wettbewerbs vom Kartellverbot erfaßt wird. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß der Regierungsentwurf noch keine den heutigen §§ 28 ff. GWB entsprechenden Vorschriften kannte und daß deshalb die Begründung zum Regierungsentwurf keinen Schluß darauf zuläßt, ob das Recht zum Abschluß von Lauterkeitsverträgen n e b e n dem Recht der Wirtschaftsverbände, Wettbewerbsregeln aufzustellen und durch Vereinbarungen verbindlich zu machen, bestehen bleiben sollte, oder ob mit den §§ 28 ff. GWB ein gesetzlicher Rahmen für die Lauterkeitsverträge geschaffen werden sollte. Darüber geben aber die Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrats zum Regierungsentwurf eines GWB und der Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses zu der Gesetz gewordenen Fassung des GWB eindeutigen Aufschluß.

4.2. Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrats zum Regierungsentwurf des GWB

In ihrer Stellungnahme zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates zum Regierungsentwurf eines GWB, in denen Vorschriften zum Schutze des Leistungswettbewerbs gefordert wurden, führt die Bundesregierung aus: "Es ist anzuerkennen, daß in einer Wirtschaft, in der der Leistungswettbewerb durch ein Gesetz aufrechterhalten und gefördert wird, der Gesetzgeber auch Vorschriften gegen den Mißbrauch der Wettbewerbsfreiheit zur Verfügung stellen sollte. Solche Vorschriften sind zwar im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb enthalten .... Darüber hinaus ist jedoch zu erwägen, ob Wirtschaftsverbänden die Möglichkeit

134) Begr. z. Reg. Entw. GWB C § 1 Ziff. 3 d GemK. 1. Aufl. S. 1076;
135) Begr. Reg. Entw. GWB, aaO;

gegeben werden sollte, Wettbewerbsregeln aufzustellen, die einen Schutz gegen den Mißbrauch der Freiheit des Wettbewerbs bieten". [136]

Diese Ausführungen legen den Schluß nahe, daß die Bundesregierung ihre noch im Regierungsentwurf vertretene Auffassung geändert hatte, wenn sie neben den Vorschriften des UWG besondere Vorschriften für erforderlich hielt, die den Wirtschaftsverbänden die Aufstellung von Wettbewerbsregeln gegen den Mißbrauch der Wettbewerbsfreiheit gestatten; denn solcher Vorschriften hätte es nicht bedurft, wenn das Kartellverbot nur die Beschränkung lauteren Wettbewerbs erfassen sollte, nicht dagegen die Beschränkung mißbräuchlicher Ausübung der Wettbewerbsfreiheit.

Bereits das rechtfertigt die Annahme, daß die Vorschriften der §§ 28 ff. GWB über Wettbewerbsregeln für die Lauterkeitsverträge einen gesetzlichen Rahmen schaffen sollten. [137] Diese Annahme findet aber besonders im schriftlichen Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses zum GWB in seiner Gesetz gewordenen Fassung ihre Bestätigung.

4.3. Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses

Neben der Begründung zum Regierungsentwurf eines GWB wird immer wieder der Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses herangezogen, um die Behauptung zu stützen, daß § 1 GWB nur den lauteren Wettbewerb schütze. Zu diesem Zwecke werden regelmäßig einzelne, aus dem Zusammenhang gerissene Stellen aus dem Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses zitiert. [138] Im Zusammenhang gelesen ergeben jedoch die maßgeblichen Ausführungen der Abgeordneten HELLWIG und KURLBAUM das genaue Gegenteil. Es erscheint daher angebracht, die maßgeblichen Stellen aus dem Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses in ausführlichen Zitaten wiederzugeben. Im Generalbericht des WiPolA zum GWB führte der Abgeordnete HELLWIG aus [139]:

"Mit dem Recht gegen unlauteren Wettbewerb ist das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen eng verzahnt. Nur im Rahmen des lauteren Wettbewerbs ist die Wettbewerbsfreiheit statuiert. Die Wettbewerbsfreiheit jedes einzelnen ist beschränkt durch die Wettbewerbsfreiheit jedes anderen. Die Statuierung der Freiheit des Wettbewerbs als unabdingbares Ordnungsprinzip ist kein Grund für die Einengung des Lauterkeitsprinzips. Die Lauterkeit des Wettbewerbs steht mit dem Prinzip der Wettbewerbsfreiheit auf gleicher Ebene, wenn auch logisch betrachtet die Frage der Lauterkeit oder Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung regelmäßig

136) Stellungnahme der BReg. zu den Änderungsvorschlägen des BRats, II Ziff. 33, GemK. 1. Aufl. S. 1149 ff., 1155;

137) FRIEDLAENDER, JZ 1957, 652;

138) Vgl. etwa OEHLER, Wettbewerbsregeln, S. 56 Fußn. 293;

139) Ber. WiPolA, HELLWIG, Generalbericht C I GemK. 1. Aufl. S. 1164;

nur für die Wirtschaftsbereiche aufgeworfen werden kann, in denen freier Wettbewerb besteht. Es besteht hier eine Überlagerung der beiden Rechtskreise: während auf der einen Seite die Wettbewerbsfreiheit nicht durch Überspannung des Unlauterkeitsbegriffs übermäßig beschränkt werden darf, gibt sie auf der anderen Seite kein Recht zu unlauteren Wettbewerbshandlungen. Diesem Tatbestand mußte auch bei der Bearbeitung des Entwurfs eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Rechnung getragen werden. Das ist insofern geschehen, als der Ausschuß für Wirtschaftspolitik die Einfügung von Bestimmungen über die Zulassung von Abreden, die der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs dienen, in den Gesetzesentwurf neu einführte". [140] Diese Ausführungen des Abgeordneten HELLWIG zeigen sehr deutlich, daß von dem Grundsatz, die Wettbewerbsfreiheit sei nur im Rahmen des lauteren Wettbewerbs statuiert, kein unmittelbarer Schluß auf den Anwendungsbereich der Grundsatzvorschrift des § 1 GWB möglich ist. Bestimmungen über die Zulassung von Abreden, die der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs dienen, hätten in den Gesetzesentwurf nicht neu eingeführt werden müssen, wenn § 1 GWB nur die Beschränkung lauteren Wettbewerbs verhindern sollte.

Mit den Ausführungen von HELLWIG im Generalbericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses stimmen inhaltlich die von KURLBAUM zu § 1 GWB genau überein [141]: "Der Ausschuß hat auf die Definition des wirtschaftlichen Wettbewerbsbegriffs verzichtet. Er ist davon ausgegangen, daß unter wirtschaftlichem Wettbewerb jede Art wirtschaftlicher Handlung zu verstehen ist, die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbs einen Vorteil zu verschaffen. Soweit diese Vorteilsverschaffung nicht durch Gesetz als unlauter oder verboten gekennzeichnet ist, muß sie als erlaubt gelten. Angesichts dieser weiten Auslegung des Wettbewerbsbegriffs hat es der Ausschuß für erforderlich gehalten, besondere Vorschriften über Wettbewerbsregeln zu schaffen. Diese Regeln können ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufendes Verhalten kennzeichnen; die Beteiligten können verbindliche Vereinbarungen hierüber treffen, ohne gegen § 1 zu verstoßen (Abschnitt 4 a, Wettbewerbsregeln)".
Im Gegensatz zum Regierungsentwurf geht also der Wirtschaftspolitische Ausschuß von einem weiten Wettbewerbsbegriff aus und gelangt so zu einem weiten Anwendungsbereich von § 1 GWB. Dem Bedürfnis nach Lauterkeitsverträgen wurde durch die Ausnahmevorschriften der §§ 28 ff. GWB Rechnung getragen, die es erlauben, unlauteren Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln zu kennzeichnen und verbindliche Vereinbarungen hierüber zu treffen, ohne gegen das Kartellver-

140) Siehe: Erster Teil, Abschnitt 4 a, Wettbewerbsregeln;
141) GemK. 1. Aufl. S. 1175;

bot des § 1 GWB zu verstoßen; das bedeutet aber, daß nach Ansicht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses auch Lauterkeitsverträge grundsätzlich den Kartelltatbestand des § 1 GWB erfüllen.

Aus den für die heutige Fassung des GWB maßgeblichen Motiven, dem Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, ergibt sich, daß § 1 GWB ein umfassendes Kartellverbot aufstellt und daß Lauterkeitsverträge nur in dem durch die §§ 28 ff. GWB vorgezeichneten Rahmen zulässig sind. Die §§ 28 ff. GWB hatten den Zweck, "das weite Gebiet der sogenannten Lauterkeitsverträge in einen gesetzlichen Rahmen" zu spannen. [142] Nach der "Andeutungstheorie" [143] haben die in den Motiven zum GWB in seiner heutigen Fassung niedergelegten subjektiven Vorstellungen des Gesetzgebers in den §§ 28 ff. GWB ihren objektiven Ausdruck gefunden. Demgegenüber geben die Vorschriften des GWB keinen Anhaltspunkt für die in der Begründung zum Regierungsentwurf, der noch keine Vorschriften über Wettbewerbsregeln kannte, geäußerte Ansicht, § 1 GWB beziehe sich nur auf den lauteren Wettbewerb, obwohl schon sehr früh die Ansicht vertreten worden war, daß die Fassung des § 1 GWB keine Einschränkungen erkennen lasse und daß eine Klarstellung im Gesetzestext erfolgen müsse, wenn § 1 GWB sich nur auf die Beschränkung lauteren Wettbewerbs beziehen soll. [144]

Daraus folgt, daß auch die Beschränkung unlauteren Wettbewerbs grundsätzlich den Verbotstatbestand des § 1 GWB erfüllt.

5. Präventive kartellbehördliche Kontrolle

Bei den Beratungen zum GWB gingen die Meinungen darüber auseinander, ob man das "Verbotsprinzip" oder das "Mißbrauchsprinzip" zum Ausgangspunkt für die Regelung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen nehmen sollte, d. h. ob man Kartelle generell verbieten sollte, um nach einem zwischengeschalteten kartellbehördlichen Verfahren bestimmte Ausnahmen zuzulassen, oder ob man Kartelle generell erlauben sollte und erst bei einem Mißbrauch der Wettbewerbsbeschränkung ein kartellbehördliches Eingreifen vorsehen sollte. Trotz der vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken hat sich der Gesetzgeber in den §§ 1 ff. GWB für das Verbotsprinzip entschieden, um den Kartellbehörden das Eingreifen nicht erst dann zu ermöglichen, wenn Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Markt bereits zu wirtschaftspolitisch unerwünschten Folgen geführt haben.

142) FRIEDLAENDER, JZ 1957, 652;
143) BACHOF, Verfassungsrecht, ... Bd. II, 7 S. 12;
144) Vgl. MÖHRING, WuW 1954 (!), 389, 503 f.;

Das strenge Verbotsprinzip, wie es in § 1 I 1 GWB seinen Ausdruck gefunden hat, erforderte die Zulassung von Ausnahmen vom Kartellverbot. Dabei begnügte sich der Gesetzgeber nicht damit, die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für die zulässigen Ausnahmen vom Kartellverbot des § 1 GWB zu bestimmen, sondern er schrieb in jedem Einzelfall auch ein zwischengeschaltetes kartellbehördliches Verfahren vor. Kartelle, die die in den §§ 2 - 8 GWB genannten Voraussetzungen erfüllen, sind nicht automatisch wirksam, sondern erst, wenn sie bei der zuständigen Kartellbehörde angemeldet bzw. erlaubt worden sind.

Mit dem kartellbehördlichen Verfahren werden mehrere Zwecke verfolgt:

(a) Die Kartellbehörden sollen eine Kontrolle darüber haben, ob die von den Vertragsbeteiligten angenommenen Voraussetzungen für ein zulässiges Kartell tatsächlich vorliegen. Damit soll die Gefahr einer Umgehung des Kartellverbots durch eine zu weite Auslegung der Tatbestandsmerkmale der §§ 2 - 8 GWB verhindert werden.

(b) Weiterhin haben die Vertragsbeteiligten nach der Erlaubnis bzw. der Anmeldung, wenn diese ohne Widerspruch der Kartellbehörde geblieben ist, die Sicherheit, daß der Kartellvertrag wirksam ist. Die kartellbehördliche Kontrolle dient so der Rechtssicherheit.

(c) Die Eintragung ermöglicht der Kartellbehörde die Überwachung angemeldeter und zugelassener Kartelle, um Mißbräuche feststellen zu können (vgl. § 12 GWB). [145]

Aus den unter a - c angeführten Gründen sollte also mit dem Anmelde- bzw. Erlaubnisverfahren eine umfassende kartellbehördliche Kontrolle aller Kartelle erreicht werden. Der Zweck der kartellbehördlichen Kontrolle würde aber umgangen, wenn man bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen, z. B. die Beschränkung unlauteren oder nicht schützenswerten Wettbewerbs, bereits durch eine enge Auslegung des Kartelltatbestandes vom Kartellverbot ausnehmen wollte. [146]

Deshalb steht auch der Vorschlag LANGENs, § 1 I 2 GWB vernünftiger auszulegen [147], mit Sinn und Zweck der im GWB getroffenen Regelungen in Widerspruch, denn er erlaubt eine Umgehung des im GWB generell vorgesehenen kartellbehördlichen Verfahrens. [148]

---

145) BIEDENKOPF, BB 1966, 1119;
146) Vgl. BALLERSTEDT, Festschrift für Fr. Böhm, S. 191;
147) LANGEN, KartG, § 1 Anm. 68;
148) BIEDENKOPF, aaO;

In der Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrats, in der erwogen wurde, den Wirtschaftsverbänden die Möglichkeit zur Aufstellung von Wettbewerbsregeln zu geben, um den Mißbrauch der Wettbewerbsfreiheit wirksamer bekämpfen zu können, was dazu führte, daß die sogenannten Lauterkeitsverträge in einen gesetzlichen Rahmen gespannt wurden, war eine staatliche Mitwirkung bei der Aufstellung von Wettbewerbsregeln gefordert worden. Bei der Aufstellung solcher Regeln werde "sorgfältig geprüft werden müssen, ob durch die Wettbewerbsregeln nicht auch eine unerwünschte Beschränkung des Wettbewerbs herbeigeführt wird und damit die sonstigen Vorschriften des Gesetzes umgangen werden. Es kann daher auf die staatliche Mitwirkung bei der Aufstellung der Regeln nicht verzichtet werden". [149]
Diese Forderung fand ihren konkreten gesetzlichen Niederschlag in den komplizierten Verfahrensvorschriften der §§ 28 ff. GWB.
Ein kartellbehördliches Verfahren hat gerade bei den sogenannten Lauterkeitsverträgen einen guten Sinn. Lauterkeitsverträge haben regelmäßig nicht den Zweck, nur zu wiederholen, was eindeutig als unlauter anerkannt ist. Zur Bekämpfung eindeutig unlauteren Wettbewerbs gibt es bessere Verfahren als gerade den Abschluß von Verträgen. Vielmehr bezwecken derartige Lauterkeitsverträge gerade, den Grenzbereich von lauterem und unlauterem Wettbewerb, den Bereich der grauen Zone des Zweifels, für den noch keine oder noch keine gefestigte Rechtsprechung vorliegt oder in dem die Rechtsansichten auseinandergehen, zu regeln. Gerade in diesem Bereich ist aber die Gefahr unbeabsichtigter Kartellverstöße durch eine fehlerhafte Abgrenzung von lauterem und unlauterem Wettbewerb besonders groß. Solche Lauterkeitsverträge sind damit aber stets dem Risiko der Unwirksamkeit nach § 1 GWB ausgesetzt. Das führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, die Wettbewerbsverzerrungen zur Folge haben kann, wenn sich nur ein Teil der Kartellmitglieder an die vertraglichen Verpflichtungen gebunden glaubt.
Lauterkeitsverträge bringen also im Grunde genommen keine Vorteile mit sich; die Unklarheit, ob ein Verhalten noch lauter oder bereits unlauter ist, wird durch die auf der gleichen Ursache beruhende Unklarheit abgelöst, ob der Lauterkeitsvertrag wirksam oder nach § 1 GWB unwirksam ist.

Der Gesetzgeber hatte also gute Gründe, auch Lauterkeitsverträge mit dem Kartellverbot des § 1 GWB zu erfassen und nur Vereinbarungen über die Einhaltung eingetragener Wettbewerbsregeln vom Verbot des § 1 GWB freizustellen. Das war ein Gebot der Vorsicht. [150] Die damit verfolgten Zwecke dürfen nicht

149) Stellungnahme der BReg. zu den Änderungsvorschlägen des BRates, GemK. 1. Aufl. S. 1155;
150) LANGEN, KartG, § 1 Anm. 80;

durch eine restriktive Auslegung von § 1 GWB umgangen werden. [151] Es ist also keineswegs "seltsam" und "nicht anzunehmen", daß auch Verträge, die der Erhaltung und Pflege gesetzlich gebilligten Wettbewerbs dienen, zunächst grundsätzlich vom Kartellverbot des § 1 I 1 GWB erfaßt werden. [152]

ERGEBNIS :

Die Gefahr der Umgehung des Kartellverbots und der aus einer restriktiven Auslegung von § 1 I 1 GWB folgenden Rechtsunsicherheit haben den Gesetzgeber veranlaßt, in § 1 I 1 GWB von einem umfassenden, grundsätzlichen Kartellverbot auszugehen und Wettbewerbsbeschränkungen, die unter die Rule of Reason fallen, nur bei Vorliegen der speziellen Voraussetzungen der §§ 2 - 8, 28 ff. GWB und nach einem kartellbehördlichen Verfahren zuzulassen.
Soweit ein praktisches Bedürfnis für Ausnahmen vom Kartellverbot besteht, dürfen Wettbewerbsbeschränkungen nicht durch restriktive Auslegung des Kartellverbots sondern nur durch extensive Auslegung der Ausnahmevorschriften der §§ 2 - 8, 28 ff. GWB zugelassen werden.

151) a. A. LANGEN, aaO;
152) a. A. LANGEN, aaO, § 1 Anm. 67; MÜLLER-HENNEBERG, GemK. 2. Aufl. § 1 Anm. 60;

T E I L II

LAUTERKEITSBEZOGENHEIT VON WETTBEWERBSREGELN

KAPITEL 1:
Stand der Meinungen

I. Überblick

1. In seinem Tätigkeitsbericht von 1965 führt das BKartA aus, daß sich der Bereich der nach §§ 28 ff. GWB zugelassenen Wettbewerbsregeln nicht darin erschöpft, Verstößen gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs entgegenzuwirken. Durch den Schutz und die Förderung des lauteren Wettbewerbs wolle das GWB nicht nur die Lauterkeit im Geschäftsverkehr, sondern "vor allem auch die Leistungsgerechtigkeit im Wettbewerb schützen und fördern". [1] Deshalb seien auch solche Wettbewerbsregeln zulässig und eintragungsfähig, die den beteiligten Unternehmen ein Verhalten untersagen, das geeignet ist, die Wirksamkeit des Wettbewerbs wesentlich zu beeinträchtigen. [2] Obwohl es vom Wortlaut der §§ 28 ff. GWB her Zweifel hat, glaubt das BKartA dennoch, aus dem Zusammenhang dieser Bestimmungen mit der Entscheidung des Gesetzgebers, den Wettbewerb in jeglicher Weise zu schützen und zu fördern, entnehmen zu können, daß Wettbewerbsregeln ein geeignetes Mittel seien, auch "strukturpolitischen Zielfunktionen der Wirtschaftspolitik" zur "Herstellung und Sicherung der Leistungsgerechtigkeit" zu dienen. [3] Damit verneint das BKartA offenbar das Erfordernis der Lauterkeitsbezogenheit von Wettbewerbsregeln. [4]

2. Hatte das BKartA vom Wortlaut der §§ 28 ff. GWB her nur Zweifel, ob auch strukturpolitische Erwägungen bei der Zulassung von Wettbewerbsregeln zu berücksichtigen sind, so geht es nach Ansicht des BGH über den Wortlaut von § 28 II GWB hinaus, ihn auch als "Vorschrift zur Förderung des sog. Leistungswettbewerbs" zu verstehen. [5]

---

1) BKartA Tätigkeitsbericht 1965, BT-Drucksache V 530, S. 14;

2) BKartA, aaO, S. 14;

3) BKartA, aaO, S. 15;

4) Anders wieder BKartA, Tätigkeitsbericht 1966, S. 11, im Anschluß an die Entscheidung des BGH über die Wettbewerbsregeln der Bauindustrie, WuW/E/BGH 767, 771;

5) BGH Urt. v. 15. 7. 1966, WuW/E/BGH 767 ff., 776 "Bauindustrie"; dazu Anm. v. BENISCH, WuW/E/BGH 789;

Diese Auffassung des BGH stimmt im Ergebnis überein mit der vom BKartA früher, etwa zu den Wettbewerbsregeln der "Ziehereien und Kaltwalzwerke" [6], vertretenen Ansicht. Danach müssen Wettbewerbsregeln den Zweck haben, unlauterem Wettbewerb entgegenzuwirken und die Lauterkeit im Wettbewerb zu fördern. Das kann nicht nur durch das Verbot unlauteren Verhaltens und durch Gebote, deren Verletzung unlauteren Wettbewerb darstellen würde, geschehen, sondern auch durch Verbote und Gebote, die ein Verhalten einschränken, das zwar noch lauter ist, das aber die "Tendenz zur Unlauterkeit" [7] hat, und sich im "Vorfeld der eigentlichen Unlauterkeit" [8] befindet. Nach dieser Ansicht genügt also ein sog. mittelbarer Lauterkeitsbezug; er wird allerdings auch für erforderlich gehalten.

3. Zu einem noch engeren Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln führt die Ansicht, die einen unmittelbaren Lauterkeitsbezug von Wettbewerbsregeln fordert. [9]
Unabhängig von den Möglichkeiten, die § 28 II GWB isoliert gesehen der Auslegung bietet, kommen die Vertreter dieser Ansicht zu ihrem Ergebnis mit folgender Begründung:
Die zulässigen Ausnahmen vom Kartellverbot seien ausschließlich in den §§ 2 - 8 GWB bestimmt. [10] Zweck der Wettbewerbsregeln sei es nicht, Bagatellkartelle zu ermöglichen. [11] § 29 GWB stelle "keine Ermächtigung zur Zulassung von Ausnahmen vom Kartelltatbestand" dar [12]; § 29 GWB legalisiere keine an sich unter § 1 GWB fallende Vereinbarung. [13] Die Wettbewerbsregeln seien nur ein Spezialfall aus dem allgemeinen Problem der Kollision von lauterem und freiem Wettbewerb, das nur dadurch gelöst werden könne, daß die Grenzen des lauteren Wettbewerbs bestimmt werden [14], denn "nur der lautere Wettbe-

---

6) BKartA WuW/E/BKartA 304 f.; BKartA TB 1960, 56 f.; jetzt BKartA TB 1966, 11; vgl. BENISCH, in: Zehn Jahre Kartellgesetz, S. 11 ff., 15;
7) Vgl. BKartA TB 1959, 51; 1960, 12 f., 58; 1963, 29; 1964, 16; BKartA WuW/E/BKartA 591, 721, 772, 815, 905;
8) RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 144;
9) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl., GWB § 31 Anm. 8 i. V. m. § 1 Anm. 36 ff.; vgl. auch RASCH, BB 1954 (!), 509;
10) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl., GWB § 31 Anm. 8; FRANZEN, GemK. 2. Aufl. § 31 Anm. 2; Vgl. KELLERMANN, WuW 1965, 562;
11) FRANZEN, WuW 1957, 742; KOENIGS, GRUR 1958, 593; RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 255;
12) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO; KELLERMANN, aaO;
13) MARKERT, zit. KELLERMANN, aaO;
14) FIKENTSCHER, Rechtsschutz S. 303 f.;

werb ist frei [15] Dieser werde aber durch § 1 GWB geschützt, so daß nur solche Wettbewerbsregeln eingetragen werden dürfen, die nicht die Freiheit des lauteren Wettbewerbs berühren. Den Vorrang von § 1 GWB vor allen Wettbewerbsregeln stelle das Gesetz in § 31 I GWB klar. [16]

Verneint man einen lauterkeitsneutralen Zwischenbereich zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb - sog. "graue Zone" [17] -, so dürfen Wettbewerbsregeln nur unlauteren Wettbewerb beschränken. Lautere Wettbewerbshandlungen dürfen auch nicht zu dem Zweck durch Wettbewerbsregeln beschränkt werden, unlauterem Wettbewerb mittelbar entgegenzuwirken, auch dann nicht, wenn sich die noch lauteren Wettbewerbshandlungen bereits im Vorfeld der Unlauterkeit befinden und die Tendenz zur Unlauterkeit haben. Wettbewerbsregeln müssen also nach dieser Ansicht unmittelbar lauterkeitsbezogen sein.

4. Bejaht man eine "graue Zone" zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb [18], und sieht man nur den lauteren Wettbewerb als durch § 1 GWB geschützt an, so steht dieser ganze Zwischenbereich der Regelung durch Wettbewerbsregeln offen, unabhängig davon, ob sie unmittelbar oder mittelbar lauterkeitsbezogen sind oder nicht. Sie können im Rahmen der Regelung dieses Zwischenbereichs der grauen Zone lauterkeitsbezogen sein, müssen es aber nicht sein.

II. Systematische Zusammenfassung des Überblicks

Vier Meinungen lassen sich also im wesentlichen feststellen:

a. Wettbewerbsregeln müssen lauterkeitsbezogen sein, d. h. sie müssen der Verwirklichung sittlich-rechtlicher Grundsätze im Wettbewerb dienen [19] und die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs fördern. [20] Das entspricht der ganz

---

15) FIKENTSCHER, aaO, S. 300; BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, GWB § 1 Anm. 1 f.;

16) RINCK, aaO, S. 251, Rdz. 894; vgl. BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Aufl. S. 28;

17) BENKENDORFF, WuW 1958, 416 ff.; KOENIGS GRUR 1958, 589; KROITZSCH, GRUR 1965, 14; BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO § 28 Anm. 14; FIKENTSCHER, GRUR AIT 1966, 186; ders. Die Preisunterbietung, 2. Aufl. S. 31, Fußn. 27; RAUSCHENBACH, aaO S. 144;

18) Vgl. FRANZEN, GemK. 2. Aufl. § 28 Anm. 18 f.;

19) BKartA WuW/E/BKartA 301, 305;

20) KELLERMANN, WuW 1965, 552 f.;

überwiegenden Auffassung. [21]

1. Dabei fordert die eine Ansicht einen unmittelbaren Lauterkeitsbezug, d. h. Wettbewerbsregeln dürfen nur unlauteren Wettbewerb beschränken. [22]

2. Die andere Ansicht, die wohl als herrschende Meinung angesehen werden kann, läßt einen mittelbaren Lauterkeitsbezug genügen, d. h. Wettbewerbsregeln müssen zwar den Zweck haben, unlauteren Wettbewerb zu bekämpfen und die Lauterkeit im Wettbewerb zu fördern. Sie müssen sich aber nicht darauf beschränken, die Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu wiederholen und das Gebot der guten Sitten zu konkretisieren. Vielmehr dürfen sie auch in den von § 1 GWB geschützten Bereich des lauteren Wettbewerbs einwirken - wenn man mit der h. M. und entgegen der hier vertretenen Ansicht davon ausgeht, daß § 1 GWB nur den lauteren Wettbewerb schütze -, um Wettbewerbshandlungen mit der Tendenz zur Unlauterkeit zu unterbinden und um die Voraussetzungen für einen lauteren Wettbewerb zu schaffen [23].

b. Wettbewerbshandlungen, die zwar nach allgemeinem Wettbewerbsrecht noch nicht unlauter sind, die aber auch nicht mehr als lauter angesehen werden könne, die sich also in einem Zwischenbereich der "grauen Zone" zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb befinden, stehen der Regelung durch Wettbewerbsregeln offen. § 1 GWB werde durch solche Wettbewerbsregeln nicht berührt, da er nur den lauteren Wettbewerb schütze. Ein Lauterkeitsbezug wird nicht für erforderlich gehalten.

c. Wettbewerbsregeln dürfen trotz § 1 GWB (§ 29 GWB) auch zur Erreichung wirtschaftspolitischer Ziele (Strukturpolitik) den Bereich des lauteren Wettbewerbs einschränken.

---

21) BGH WuW/E/BGH 767 ff. 776; BKartA WuW/E/BKartA 96 ff.; 301 ff. 304 f.; 586 ff., 591; 609 ff; 766 ff.; 772; 815; 873 ff. v. BRAUCHITSCH, Kartellrecht, § 31 II 2 b; EWALD, WRP 1964 258, FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 301 ff.; ders. GRUR AIT 1966, 186; FRANZEN, aaO, § 28 Anm. 4, 50; KELLERMANN WuW 1965, 552 f.; KROITZSCH GRUR 1965, 12 ff. 13, 19; RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht S. 144; REIMANN, WuW 1957, 621 ff.;

22) BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE, aaO, S. 28, BÜNTIG, BB 1958, 62 FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 301 ff. 303 f.; ders. Die Preisunterbietung, S. 31, 31 Fußn. 27, 79; LUKES, Kartellvertrag S. 125; REIMANN, WuW 1957, 622; RINCK, aaO, S. 251, RdNr. 894; wohl auch NIPPERDEY/STUMPF, Wirtschaftsrecht, S. 730;

23) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 28 Anm. 14; DÖRINKEL, WuW 1957, 613; FIKENTSCHER neuerdings in GRUR AIT 1966, 186; ders. in Festschrift für Hallstein, S. 146, 148; FRANZEN, BB 1963, 528; ders. GemK. 2. Aufl. § 28 Anm. 18 f.; GRIESBACH, BB 1962 1016; KELLERMANN, WuW 1965, 552 f.; KROITZSCH, GRUR 1965, 12 ff. 13, 19; MAYER-WEGELIN, GWB, 1966, § 28 Anm. 9; RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 144;

Nach diesem Überblick über die zum Problem der Lauterkeitsbezogenheit von Wettbewerbsregeln vertretenen Auffassungen stellen sich also in erster Linie folgende beiden Fragen:

1.) Müssen Wettbewerbsregeln nach § 28 II GWB lauterkeitsbezogen sein, oder dürfen sie unabhängig von der Verwirklichung der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs auch auf die Herstellung und Sicherung der Leistungsgerechtigkeit gerichtet sein und wettbewerbs- und strukturpolitisch erwünschten Zielen dienen ?

2.) Ergeben sich Schranken für den Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln aus dem Kartellverbot des § 1 GWB ?

KAPITEL 2:
Der zulässige Inhalt der Lauterkeitsregeln nach § 28 II GWB 1. Alternative

A. DIE AUSLEGUNG DES WORTLAUTES VON § 28 II 1 GWB

I. § 28 II unterscheidet Lauterkeits- und Förderungsregeln !

Zur Begründung der Lauterkeitsbezogenheit von Wettbewerbsregeln wird regelmäßig auf den Wortlaut von § 28 II GWB verwiesen [24], und dieser auch oft genug wörtlich zitiert. Dennoch vermißt man trotz - oder vielleicht auch gerade wegen - seiner komplizierten Fassung ebenso regelmäßig eine Subsumtion unter seine einzelnen Tatbestandsmerkmale. Diese wird ersetzt mit Zitaten aus den Motiven zum GWB und speziell zu den §§ 28 ff. GWB oder mit dem Hinweis auf den "Willen des Gesetzgebers".
Teilweise legt man der Interpretation auch andere Tatbestandsmerkmale zugrunde, als sie § 28 II GWB verwendet. So gibt z.B. nach KELLERMANN [25] § 28 II GWB,

---

24) Statt vieler vgl. BGH WuW/E/BGH 767 ff., 776; BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE, S. 28; FRANZEN, GemK. 2. Aufl. § 28 Anm. 4; KROITZSCH, GRUR 1965, 13, 19;

25) KELLERMANN, WuW 1965, 552 f.; vgl. auch BKartA WuW/E/BKartA 96 ff., 98; EWALD, WRP 1967, 380; FRANZEN, aaO, § 28 Anm. 50;

"der den Ausgangspunkt der Betrachtung bildet" "den Wettbewerbsregeln einen außerordentlich weiten Spielraum", da er nur den Zweck bezeichnet, dem Wettbewerbsregeln zu dienen haben, "nämlich der Förderung der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs".
Nach dem Wortlaut von § 28 II GWB dienen aber die Wettbewerbsregeln nicht "der Förderung der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs", sondern nach seiner 2. Alternative vielmehr der Anregung eines den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechenden Verhaltens.

Der Wortlaut von § 28 II GWB unterscheidet zwei Gruppen von Wettbewerbsregeln:

Nach der 1. Alternative von § 28 II GWB sind Wettbewerbsregeln im Sinne der §§ 28 ff. GWB "Bestimmungen, die das Verhalten von Unternehmen regeln zu dem Zweck, einem den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken".
Diese Regeln haben die Aufgabe, unlauteren Wettbewerb zu verhindern. Sie sollen - unter Vorgriff auf die folgenden Ausführungen - als "Lauterkeitsregeln" bezeichnet werden.

Nach der 2. Alternative von § 28 II GWB sind Wettbewerbsregeln im Sinne der §§ 28 ff. GWB weiterhin "Bestimmungen, die das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb regeln zu dem Zweck", ... ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs "entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen".
Diese Wettbewerbsregeln sollen mit LIEBERKNECHT [26] vorerst als "Förderungsregeln" bezeichnet werden.

Da m. E. ein Teil der Unklarheiten daher rührt, daß man nicht hinreichend zwischen Lauterkeitsregeln und Förderungsregeln unterscheidet, sondern nur ganz allgemein nach dem zulässigen Inhalt von Wettbewerbsregeln fragt, soll im folgenden die in § 28 II GWB gemachte Unterscheidung streng beachtet werden.

II. Der Wortlaut von § 28 II 1 GWB

Der Wortlaut von § 28 II 1 GWB spricht eindeutig dafür, daß sich die Lauterkeitsregeln an den Vorschriften des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb zu

---

26) LIEBERKNECHT, Regeln zur Förderung des Leistungswettbewerbs als Wettbewerbsregeln im Sinne des § 28 II GWB, Festschrift für Ph. Möhring zum 65. Geburtstag, 1965, S. 67 ff.;

orientieren haben und daß sie daher lauterkeitsbezogen sind. [27]
Aus dem Wortlaut von § 28 II 1 GWB folgt aber nicht, daß durch Wettbewerbsregeln keine Maßnahmen als unzulässige Wettbewerbshandlungen unterbunden werden dürfen, die weder durch das Gesetz ausdrücklich verboten noch von der Rechtsprechung für unzulässig erklärt worden sind oder verboten werden könnten (Graue Zone) [28].
Vielmehr genügt nach dem Wortlaut von § 28 II 1 GWB ein mittelbarer Lauterkeitsbezug, d. h. es dürfen auch lautere Wettbewerbshandlungen durch Wettbewerbsregeln untersagt werden, wenn dies dem Zweck dient, unlauterem Wettbewerb entgegenzuwirken.
RHEINFELS [29] und BREUEL [30] folgern dies daraus, daß es sonst vernünftiger gewesen wäre, in § 28 II GWB den Wortlaut von § 1 UWG oder eine Formulierung wie "Handlungen verhindern, die gegen die guten Sitten verstoßen" aufzunehmen.

Diese Begründung reicht aber zur Rechtfertigung des Ergebnisses - Wettbewerbsregeln müssen sich nicht auf das Verbot ohnehin verbotener Tatbestände beschränken - nicht aus, da nach h. M. nicht alle im Wettbewerb verbotenen Handlungen zugleich gegen die guten Sitten im Wettbewerb verstoßen. [31]

LIEBERKNECHT hat auf Grund einer genauen Analyse des Wortlauts von § 28 II 1 GWB nachgewiesen, daß nach dem Wortlaut von § 28 II 1 GWB ein mittelbarer Lauterkeitsbezug genügt denn es sei zu berücksichtigen, daß § 28 II GWB das Wort Verhalten in zweifacher Weise verwende [32]:
Erstens spricht die gesetzliche Regelung des § 28 II GWB von einem Verhalten, welches unmittelbar geregelt werden soll.
Zweitens soll diese Regelung des Verhaltens den Zweck haben, einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken. Einmal bezieht sich das Wort Verhalten also auf den Inhalt und einmal auf den Zweck von Wettbewerbsregeln. [33]
Durch die Regelung des Verhaltens der Unternehmer soll also unlauterem Wettbewerbsverhalten derselben entgegengewirkt werden. Dabei kann das

---

27) BKartA WuW/E BKartA 301, 304; 586 ff., 591; 815; BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 28 Anm. 20; v. BRAUCHITSCH, Kartellrecht, § 31 II 2 b; EWALD, WRP 1964, 258; WRP 1967, 379 ff.; FRANZEN, aaO, § 28 Anm. 4, 50; KROITZSCH, GRUR 1965, 13, 19;
28) a. A. BÜSSMANN-PIETZCKER-KLEINE S. 28; EWALD, WRP 1967, 379;
29) RHEINFELS, DB 1957, 813, 814;
30) BREUEL, Wettbewerbsregeln und Kartellverbot, Diss. Köln 1958, S. 108;
31) Vgl. statt vieler BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG 85 ff.;
32) LIEBERKNECHT, aaO S. 69, ebenso KELLERMANN, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 73 f.;
33) KELLERMANN, aaO, S. 74;

geregelte Verhalten mit dem Wettbewerbsverhalten identisch sein, wenn die Lauterkeitsregeln das Wettbewerbsverhalten unmittelbar regeln. Die Lauterkeitsregeln können also unmittelbaren Lauterkeitsbezug haben. Das muß aber nach dieser subtilen Auslegung des Wortlauts von § 28 II GWB nicht der Fall sein.
Das unmittelbar geregelte Verhalten und das angestrebte Verhalten müssen keineswegs identisch sein. [34] Das geregelte Verhalten selbst kann wettbewerbsneutral sein. Es kann sich auf rein innerbetriebliche Wirkungen beschränken. Voraussetzung ist lediglich, daß die Regelung dem Zweck dient, zukünftigem unlauteren Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken. [35] Als Beispiel führt LIEBERKNECHT die Verpflichtung zur Hinterlegung von Preislisten an. [36] Hierher gehört auch die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Kalkulation und zur wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung. [37]

Mit diesen Verpflichtungen wird das Wettbewerbsverhalten zwar nicht unmittelbar geregelt. Solche Regeln können sich aber insofern auf das Wettbewerbsverhalten auswirken - Regelung "zu dem Zweck" -, als z. B. durch den Zwang zur Hinterlegung von Preislisten unlauterem Preisgebaren vorgebeugt werden kann und die Markttransparenz erhöht wird. Die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Kalkulation kann verantwortungslose und gemeinschädliche Angebote unter den Selbstkosten verhindern. [38]
Dieser Auslegung von § 28 II GWB durch LIEBERKNECHT ist im Ergebnis zuzustimmen.

Ob es allerdings zur Begründung dieses Ergebnisses, daß der Wortlaut von § 28 II GWB auch einen mittelbaren Lauterkeitsbezug der Wettbewerbsregeln erlaube und daß das geregelte Verhalten selbst wettbewerbsneutral sein kann, erforderlich war, die zweifache Verwendung des Wortes "Verhalten" in § 28 II GWB heranzuziehen, erscheint zweifelhaft.
Selbst wenn § 28 II 1 GWB nur lauten würde: "Wettbewerbsregeln haben den Zweck, einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten entgegenzuwirken", wenn also das Wort "Verhalten" in § 28 II 1 GWB nur einmal verwendet wurde, so müßte noch nicht auf einen unmittelbaren Lauterkeitsbezug geschlossen werden.
Richtiger dürfte es daher wohl sein, die Zulässigkeit eines nur mittelbaren Lauterkeitsbezugs von Wettbewerbsregeln daraus abzuleiten, daß § 28 II 1 nur den

---

34) Vgl. LIEBERKNECHT, aaO, S. 69;
35) KELLERMANN, WuW 1965, 552 f.;
36) LIEBERKNECHT, aaO, S. 70 Fußnote 10;
37) Vgl. BGH Urt. v. 15. 7. 1966, WuW/E/BGH 767 ff., 768;
38) BGH, aaO;

Zweck der Wettbewerbsregeln angibt, die Mittel zur Erreichung dieses Zwecks jedoch offen läßt. [39]

Der Zweck, unlauterem Wettbewerb entgegenzuwirken, kann nicht nur durch ein unmittelbares Verbot unlauteren Wettbewerbs, sondern auch mittelbar durch vorbeugende Maßnahmen erreicht werden.

Es kann daher keine Rede davon sein, daß sich aus § 28 GWB "eindeutig" ergebe, daß keine Maßnahmen als unzulässige Wettbewerbshandlungen unterbunden werden sollen, die weder durch das Gesetz verboten noch von der Rechtsprechung für unzulässig erklärt worden sind oder verboten werden könnten. [40]

Nach dem Wortlaut von § 28 II 1 GWB genügt es also, daß eine Wettbewerbsregel nur mittelbaren Lauterkeitsbezug hat. Das geregelte Verhalten selbst kann nach dem Wortlaut von § 28 II 1 GWB wettbewerbsneutral und nur mittelbar von wettbewerblicher Relevanz, ja sogar noch lauter sein. Ein Verstoß gegen eine Wettbewerbsregel mit nur mittelbarem Lauterkeitsbezug wäre nicht bereits per se als unlauterer Wettbewerb anzusehen.

Zu den Wettbewerbsregeln mit mittelbarem Lauterkeitsbezug gehören vor allem jene, die "vorbeugend die einzelnen Wettbewerbshandlungen innewohnende Tendenz zur Unlauterkeit bekämpfen und hierdurch die Voraussetzungen für einen lauteren Wettbewerb schaffen." [41] Die Tendenz bestimmter Wettbewerbshandlungen zur Unlauterkeit kann einmal in der Natur der Wettbewerbshandlung selbst begründet sein; sie kann aber auch durch die konkreten Verhältnisse in einer Branche bedingt sein. Zu den Wettbewerbshandlungen, denen die Tendenz zur Unlauterkeit innewohnt, gehören insbesondere jene, die eine "Übersteigerungsgefahr" in sich tragen [42] und die geeignet sind, zur Entartung oder Aufhebung des Wettbewerbs zu führen, obwohl die einzelne Wettbewerbshandlung für sich allein betrachtet mit dem Wesen und Zweck des Wettbewerbs in Einklang steht. Hierher gehört der Wettbewerb mit Nebenleistungen. Wegen des Werbeeffektes von Nebenleistungen zwingt ein Wettbewerber durch seinen Nebenleistungswettbewerb seine Mitbewerber, sich ihm auf Kosten des Hauptleistungswettbewerbs

---

39) KELLERMANN, WuW 1965, 552;

40) So aber BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE, S. 28;

41) BKartA WuW/E BKartA 308;591;721;772;816;878;902; BKartA TB 1959, 51, 1960, 12 f., 58; 1963, 29; 1964, 16, BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 28 Anm. 9, 14 ff., 20; MAYER-WEGELIN, aaO, § 28 Anm. 2; KELLERMANN, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 64;

42) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 28 Anm. 16;

anzupassen. [43] Der Zwang der Mitbewerber, sich wettbewerbswirksamen Methoden eines Wettbewerbsteilnehmers anzupassen (Anpassungswettbewerb), ist es, der an sich lauteren Wettbewerbshandlungen die Eignung zur Entartung und Aufhebung des Wettbewerbs gibt. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber bereits einen Teil von Wettbewerbshandlungen, denen eine Übersteigerungsgefahr innewohnt, ausdrücklich geregelt, wie z.B. das Ausverkaufs-, das Rabatt- und das Zugabewesen (§§ 6 ff. UWG, RabG, ZugabeVO). An anderer Stelle hat die Rechtsprechung mit § 1 UWG eingegriffen, indem sie das Verschenken von Warenproben untersagte, wenn dadurch der Bestand des Wettbewerbs gefährdet wurde. [44]
Auch der übrige Wettbewerb auf dem Gebiet der Werbung, der die Gefahr von "Werbeschlachten" in sich trägt - hier kommt es auf die Branchenverhältnisse an, insbesondere auf die Anzahl der Konkurrenten, die Machtverhältnisse und auf die Homogenität und Substituierbarkeit der Güter - , kann zu einer Aufhebung des Bestandes des Wettbewerbs oder wenigstens zu seiner Entartung führen und damit Wettbewerbsregeln mit mittelbarem Lauterkeitsbezug rechtfertigen.

Selbst auf dem Gebiet des an sich erwünschten Hauptleistungswettbewerbs sind Übersteigerungsgefahren denkbar. Obwohl Preisunterbietungen grundsätzlich zulässig sind, können ungerechtfertigte Preisunterbietungen den Bestand des Wettbewerbs gefährden oder die Mitbewerber veranlassen, durch Verschleierung der Preise oder der Warenmengen eine Entartung des Wettbewerbs herbeizuführen. An dieser Stelle hat der bei der Begründung der Zulässigkeit von Wettbewerbsregeln immer wieder hervorgehobene Grundsatz der Preisklarheit seine Bedeutung.

Wettbewerbsregeln mit mittelbarem Lauterkeitsbezug können verhindern, daß Wettbewerber dort wo die Grenze zwischen Lauterkeit und Unlauterkeit unsicher ist (Graue Zone des Zweifels) [45], den Grenzbereich ausnutzen [46], um sich einen Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen, und so ihre Konkurrenten zwingen, sich dem "Grenzverhalten" ("Grenzmoral" "submarginaler" Wettbewerb) anzu-

---

43) Der Hauptleistungswettbewerb umfaßt den Preis- und den Qualitätswettbewerb; vgl. Lawrence ABOTT, Qualität und Wettbewerb, 1958;
44) BGHZ 23, 365 "Suwa"; BGH NJW 1965, 1327 ff. "Kleenex"; BGH NJW 1965, 1331 "Omo";
45) RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 252, Rdnr. 901;
46) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 28 Anm. 15;

passen, wenn sie nicht vom Markt verdrängt werden wollen. [47]

ERGEBNIS :

Nach dem Wortlaut von § 28 II 1 GWB müssen die Lauterkeitsregeln lauterkeitsbezogen sein, d. h. der Verhinderung unlauteren Wettbewerbs dienen. Dabei genügt jedoch nach dem Wortlaut ein mittelbarer Lauterkeitsbezug.

Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 28 II 1 GWB kann sich jedoch aus dem Kartellverbot des § 1 GWB ergeben.

B. EINSCHRÄNKUNG DES ANWENDUNGSBEREICHS VON § 28 II 1 GWB DURCH DAS KARTELLVERBOT DES § 1 GWB (MITTELBARE LAUTERKEITSBEZOGENHEIT UND § 1 GWB)

Nachdem festgestellt wurde, daß der Wortlaut von § 28 II 1 GWB eine mittelbare Lauterkeitsbezogenheit zuläßt, mit der Folge, daß auch lautere Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln beschränkt werden darf, wenn dies mittelbar der Verhinderung unlauteren Wettbewerbs dient, ist nun zu prüfen, ob nicht § 1 GWB zu einer einschränkenden Auslegung von § 28 II 1 GWB zwingt.
Der Behandlung dieses Problems soll besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden, da das BKartA nur mit Zurückhaltung Wettbewerbsregeln eingetragen hat, die "in den Randbezirk des Verbotsbereichs des § 1 GWB geraten". [48] Nur bei Vorliegen besonderer Umstände hielt es Wettbewerbsregeln für eintragbar, deren Verbindlichmachung durch Verträge oder Beschlüsse "den Verbotsbereich des § 1 GWB berühren" würde. [49] Bei den Wettbewerbsregeln des Kraftfahrzeughandels hielt das BKartA nach § 31 I i. V. m. § 28 II GWB eine Prüfung für erforderlich, "ob die in einer Wettbewerbsregel enthaltene Wettbewerbsbeschränkung unlauteren oder wenigstens nicht schützenswerten Wettbewerb betrifft und daher nicht unter das Verbot des § 1 GWB fällt". [50]

---

47) RÖPKE, "Wettbewerb II" in HWSW Bd. 12 S. 33 f.; BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO § 28 Anm. 14; OEHLER, Wettbewerbsregeln, S. 32; Ad. WEBER, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl., S. 65;

48) BKartA TB 1959 51; vgl. KELLERMANN in Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 64;

49) BKartA WuW E BKartA 719, 721, 766, 772; 813, 815; BKartA TB 1959 51; 1963, 28 f., 54;

50) BKartA WuW/E/BKartA 609 Leitsatz 2;

Nach RINCK [51] dürfen Wettbewerbsregeln nicht dazu benutzt werden, um lauteren Wettbewerb zu beschränken. Ein Verhalten, das nach § 1 GWB nicht vereinbart werden kann, dürfe auch in Wettbewerbsregeln nicht vorgeschrieben werden.

I. Der Inhalt und die Aufstellung von Wettbewerbsregeln

Keine Probleme im Hinblick auf § 1 GWB tauchen auf, solange es allein um den Inhalt von Wettbewerbsregeln geht.
Wettbewerbsregeln "an sich" können überhaupt nicht gegen § 1 GWB verstoßen, denn § 1 GWB verlangt Verträge oder Beschlüsse, die geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Bei den Wettbewerbsregeln "an sich" fehlt es aber noch an derartigen Verträgen oder Beschlüssen. [52]

Dasselbe gilt auch für die Aufstellung von Wettbewerbsregeln. [53] Solange die Verbandsmitglieder nicht durch Vertrag oder Beschluß zur Einhaltung von Wettbewerbsregeln verpflichtet sind, kommt ein Verstoß gegen § 1 GWB nicht in Betracht. Selbst wenn sich aufgestellte Wettbewerbsregeln, die der Förderung des Leistungswettbewerbs dienen sollen, inhaltlich mit typischen Kartellvereinbarungen i. S. d. § 1 GWB decken, fallen sie nicht unter das Kartellverbot, solange sie nicht durch Verträge oder Beschlüsse verbindlich gemacht werden. Es kommt allenfalls ein Verstoß gegen das Empfehlungsverbot des § 38 GWB in Betracht. [54]
Zu bedenken wäre, ob nicht der Sinn von § 28 I GWB auch darin liegt, daß Wirtschafts- und Berufsvereinigungen, die für ihren Bereich Wettbewerbsregeln i. S. d. § 28 II GWB - und nur solche ! - aufstellen, vom Empfehlungsverbot des § 38 GWB freigestellt sein sollen. Dieser Frage ist noch zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt worden. Ihr kann jedoch hier nicht ausführlicher nachgegangen werden.

---

51) RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 251 Rdnr. 894;
52) So wohl KELLERMANN WuW 1965 562, auch wenn er von der Eintragung einer "an sich" gegen § 1 GWB verstoßenden Wettbewerbsregel spricht.
53) Zum Begriff "Aufstellung": WALDE, Wettbewerbsregeln S. 4 ff.;
54) Vgl. BÜNTIG, BB 1958, 62; VÖLP, WRP 1957, 351, 352; WALDE, aaO, S. 5, 157 ff.;

II. Vereinbarungen über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln und § 1 GWB

Fraglich ist, ob alle Vereinbarungen über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln, insbesondere "wettbewerbsläuternde Vereinbarungen" [55] Kartellverträge i. S. v. § 1 GWB sind oder ob nur solche Vereinbarungen unter das Kartellverbot des § 1 GWB fallen, die lauteren, erlaubten oder schutzwürdigen Wettbewerb beschränken. [56] Davon wird es abhängen, ob § 1 GWB dem an sich nach dem Wortlaut von § 28 II 1 GWB möglichen Anwendungsbereich für Wettbewerbsregeln Schranken setzt. Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage sind die §§ 1 I 2 und 28, 29, 31 I GWB.

a. § 29 GWB und § 1 GWB

1. § 29 GWB enthält keine Ausnahmeermächtigung vom Kartellverbot des § 1 GWB

Nach Ansicht mancher Autoren haben die Vorschriften über die Wettbewerbsregeln nicht den Zweck, weitere Ausnahmen von § 1 GWB zuzulassen. [57]
§ 29 stelle "keine Ermächtigung zur Zulassung von Ausnahmen vom Kartelltatbestand" dar; die zulassigen Ausnahmen vom Kartellverbot des § 1 GWB seien ausschließlich in den §§ 2 - 8 GWB niedergelegt. [58]
Die Fassung des § 29 GWB - Vereinbarungen über die Einhaltung eingetragener Wettbewerbsregeln "sind" nicht Verträge oder Beschlüsse i. S. d. § 1 GWB - bringe deutlich zum Ausdruck, daß es sich bei § 29 GWB nicht um eine Ausnahme von § 1 GWB handle. [59]
Die Folgerungen, die aus dem Grundsatz daß § 29 GWB keine Ausnahmeermächtigung vom Kartellverbot des § 1 GWB darstelle gezogen werden führen jedoch zu den verschiedensten Ergebnissen.

---

55) v. BRUNN, Die wettbewerbsläuternde Vereinbarung, in: Festschrift für R. Isay, 1956, 167 ff.;
56) Zum Grundsätzlichen dieser Problematik siehe Teil I;
57) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 28 Anm. 20;
58) BAUMBACH-HEFERMEHL aaO, § 31 Anm. 8; FRANZEN, GemK. 1. Aufl. § 31 Anm. 2; MAYER-WEGELIN, GWB § 28 Anm. I 2 Vgl. KELLERMANN WuW 1965, 562; LUKES, Der Kartellvertrag, S. 125; WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 85;
59) BAUMBACH-HEFERMEHL aaO GWB § 29 Anm. 4, MAYER-WEGELIN, GWB, 1966, § 29 Anm. 1, S. 58 b;

1.1. Nach der engsten Auffassung sind alle Wettbewerbsregeln, die lauteren Wettbewerb beschränken, unzulässig. Das folge aus den §§ 1, 28 II, 29 GWB. [60]
Durch Wettbewerbsregeln nach den §§ 28 ff. GWB beschränkbar sei nur der unlautere Wettbewerb. [61]
Bei Wettbewerbsregeln, die sich gegen unlauteren Wettbewerb richten, bedürfe es des § 29 GWB nicht zur Befreiung vom Kartellverbot, denn nur der lautere Wettbewerb ist frei und nur dieser werde von § 1 GWB geschützt. [62] § 29 GWB habe nur deklaratorische Bedeutung. Er stelle "überflüssigerweise" klar, daß Vereinbarungen über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln, die sich unmittelbar gegen unlauteren Wettbewerb richten, keine Kartelle sind, denn die in ihnen vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen und die von ihnen ausgehende Marktbeeinflussung seien nie die Folge der Willensübereinkunft, wie es § 1 GWB fordert, sondern selbst bei rechtgeschäftlicher Verpflichtung nur "die Folge eines ohnehin geschuldeten Verhaltens". [63]
Nach dieser Ansicht beschränkt § 1 GWB den an sich nach dem Wortlaut von § 28 II GWB möglichen Anwendungsbereich für Wettbewerbsregeln. Nur Wettbewerbsregeln, die sich gegen unlauteren Wettbewerb richten, genießen den Schutz des § 29 GWB.

1.2. Diese enge Auffassung führt zu unpraktischen Ergebnissen, wenn die Kartellbehörde zu Unrecht angenommen hat, eine Wettbewerbsregel richte sich gegen unlauteren Wettbewerb und deshalb nach dieser Ansicht eine Wettbewerbsregel unberechtigterweise eingetragen hat. Das ist in der "grauen Zone des Zweifels", in der für bestimmte Rechtsfragen noch keine oder keine einheitliche Meinung in Literatur und Rechtsprechung vorliegt, leicht möglich.
Es wäre mit der Rechtssicherheit, die das Eintragungsverfahren gerade bieten soll, unvereinbar, wenn Vereinbarungen über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln der grauen Zone, die eingetragen wurden, dann wegen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot unwirksam wären, wenn sich herausstellt, daß lauterer Wettbewerb beschränkt wurde. Häufig wird es auch eine Zeit dauern, bis geklärt ist, ob bestimmte Wettbewerbshandlungen als lauter oder als unlauter anzusehen sind.
Sind Vereinbarungen über Wettbewerbsregeln, die solche ungeklärten Rechtsfragen zum Inhalt haben, in der Zeit bis zur Klärung der Rechtsfrage wirksam oder rückwirkend unwirksam ?

---

60) FIKENTSCHER, Preisunterbietung, 2. Aufl. S. 79;
61) FIKENTSCHER, aaO, S. 31;
62) DÖRINKEL, WuW 1960, 595, FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 299 f.; HEFERMEHL, JZ 1962, 364; KOENIGS, GRUR 1959, 581;
63) LUKES, der Kartellvertrag, S. 125;

Wegen dieser Ungereimtheiten kam eine andere Ansicht, die zwar in § 29 GWB ebenfalls keine "Ausnahmeermächtigung" vom Kartellverbot des § 1 GWB sieht, zu dem Ergebnis, daß nach § 29 GWB dann, wenn die Kartellbehörde eine Wettbewerbsregel zu Unrecht registriert hat eine unwiderlegbare Vermutung keine Fiktion ! - bestehe, daß Vereinbarungen über Wettbewerbsregeln, die auch lautere Wettbewerb beschränken, kartellrechtlich zulässig sind. § 29 GWB schaffe also keine weitere Ausnahme von § 1 GWB sondern diene nur der Klarstellung, daß es sich bei den Vereinbarungen über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln um keine Kartelle i. S. d. § 1 GWB handelt. Eine Freistellung vom Kartellverbot komme nur insoweit in Betracht, als sich in einem späteren Verfahren herausstellt daß Vereinbarungen über die Einhaltung bestimmter Wettbewerbsregeln nach § 1 GWB unzulässig sind, weil sie lauteren Wettbewerb beschränken. 64)
§ 29 GWB gibt nach dieser Ansicht also keine Ermächtigung zu Ausnahmen vom Kartellverbot, sondern er d u l d e t nur versehentliche Wettbewerbsbeschränkungen.

Danach hat § 29 GWB nur Bedeutung für die graue Zone des Zweifels, ob ein Verhalten noch lauter oder bereits unlauter ist, wie z. B. bei den Fällen der Direktverkäufe durch den Großhandel, der vergleichenden Werbung und der Durchbrechung von Preisbindungen durch Außenseiter. 65)
Auch nach dieser Ansicht schränkt also § 1 GWB grundsätzlich den nach dem Wortlaut von § 28 II möglichen Anwendungsbereich für Wettbewerbsregeln ein. § 29 GWB deckt nur Vereinbarungen über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln, die sich nach Ansicht der eintragenden Kartellbehörde gegen unlauteren Wettbewerb richten.

2. § 29 GWB als Ausnahmeermächtigung vom Kartellverbot

Demgegenüber geht die wohl h. M. dahin, daß § 29 GWB Vereinbarungen über die Einhaltung eingetragener Wettbewerbsregeln auch dann vom Verbot des § 1 GWB freistelle, wenn ihr Inhalt an sich den Kartelltatbestand des § 1 GWB erfüllt. 66)

64) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, § 29 Anm 4; MAYER-WEGELIN, aaO, § 29 Anm. 1; RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 146; BGH WuW E BGH 456; wohl auch FRANZEN, WuW 1957, 744;

65) RAUSCHENBACH, aaO;

66) BKartA WuW E BKartA 609, 719 ff, 721; TB 1963, 54; BGH WuW E BGH 451 ff.; Kooperationsfibel WuW/E/BWM 133 f.; DÖRINKEL, WuW 1960, 594; KELLERMANN, WuW 1965, 551, 553 f., 562; ders. in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 63;

2.1. Davon ausgehend, daß sich aus § 28 GWB eindeutig ergebe, daß der zulässige Inhalt von Wettbewerbsregeln auf den unerlaubten Wettbewerb beschränkt sei, vertreten BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE [67] die Ansicht, daß die in § 29 GWB vorgesehene Befreiung von § 1 GWB nicht eintrete, wenn Wettbewerbsregeln die Grenzen des unerlaubten Wettbewerbs überschreiten und neue Verbotstatbestände schaffen. Die in § 29 GWB vorgesehene Freistellung vom Kartellverbot erstrecke sich nur auf Wettbewerbsregeln, die inhaltlich durch § 28 II gedeckt sind.

2.2. Dementsprechend gelangen die Vertreter der Ansicht, daß § 28 II GWB den Inhalt der Wettbewerbsregeln nicht auf die Verbotstatbestände des allgemeinen Wettbewerbsrechts und der dazu ergangenen Rechtsprechung beschränkt, zu dem Ergebnis, daß § 29 GWB nicht nur den Zweck habe, Vereinbarungen über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln vom Verbot des § 1 GWB freizustellen, die im Bereich der grauen Zone Klarheit schaffen sollen und dabei versehentlich und zu Unrecht auch den Bereich des lauteren Wettbewerbs einschränken. Auch Wettbewerbsregeln, die sich gegen noch lautere Wettbewerbshandlungen richten, sind zulässig, wenn diesen Wettbewerbshandlungen eine Übersteigerungsgefahr und die Tendenz zur Unlauterkeit innewohnt. [68] § 29 GWB stelle also alle Vereinbarungen über die Einhaltung eingetragener Wettbewerbsregeln vom Kartellverbot frei, wenn diese vom Zweck des § 28 II GWB gedeckt sind.
§ 29 GWB hat damit nicht mehr nur deklaratorische Funktion oder die Funktion einer unwiderleglichen Vermutung, sondern er stellt - wenigstens für die Wettbewerbsregeln, die über die Verbote des Rechts des unlauteren Wettbewerbs hinausgehen - eine Fiktion auf. § 29 GWB gibt ebenso wie die §§ 2 - 8 GWB eine Ermächtigung zu Ausnahmen von § 1 GWB.

Die Ansicht, daß § 29 GWB eine Ausnahmeermächtigung vom Kartellverbot darstelle, findet ihre Stütze in den Motiven. Im schriftlichen Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses führte der Abgeordnete ELBRÄCHTER zu § 29 GWB aus: "Diese Vorschrift enthält die für die wirtschaftliche Bedeutung der Wettbewerbsregeln maßgebliche Bestimmung über die Wirkung der Wettbewerbsregeln für Dritte, indem sie Vereinbarungen, durch welche sich die Beteiligten zur Einhaltung der Wettbewerbsregeln verpflichten, generell von der Anwendbar-

67) BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE, S. 28;

68) Vgl. BKartA WuW/E BKartA 301 ff., 308; 586 ff., 591; 719; 772; 873 ff., 878; 902 ff., 905; TB 1960, 13, 58; BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, § 28 Anm. 9, 14; FRANZEN, GemK. 2. Aufl. § 28 Anm. 19; MAYER-WEGELIN, aaO, § 28 Anm. 2;

keit des § 1 dieses Gesetzes freistellt". [69]

Die Richtigkeit der durch die Motive belegten Ansicht, daß § 29 GWB nicht nur deklaratorische Funktion hat, sondern eine Ermächtigung zu Ausnahmen vom Kartellverbot gibt, ergibt sich aus den allgemeinen Ausführungen zum Verhältnis der Lauterkeitsverträge zum Kartellverbot. Da auch Vereinbarungen, die der Beschränkung unlauteren Wettbewerbs dienen, vom Kartelltatbestand des § 1 I 1 GWB erfaßt werden, wäre eine Ausnahmeermächtigung vom Kartellverbot auch dann erforderlich gewesen, wenn sich der Inhalt von Wettbewerbsregeln nach § 28 II GWB auf die Verbotstatbestände des allgemeinen Wettbewerbsrechts beschränken müßte. Insofern ist die Ansicht richtig, die trotz der engen Auslegung von § 28 II GWB - aus § 28 GWB ergebe sich eindeutig, daß nur unerlaubte Wettbewerbshandlungen durch Wettbewerbsregeln untersagt werden dürfen und Wettbewerbsregeln keine darüber hinausgehenden neuen Verbotstatbestände schaffen dürfen - in § 29 GWB eine Befreiung von § 1 GWB sieht. Gibt aber § 29 GWB auf jeden Fall eine Ermächtigung zu Ausnahmen vom Kartellverbot des § 1 GWB, auch dann, wenn Wettbewerbsregeln nur unlauteren Wettbewerb beschränken sollen, so besteht von § 1 GWB her kein Grund, diese Ausnahmeermächtigung nur auf Kartelle gegen unlauteren Wettbewerb anzuwenden. § 29 GWB kennt keine derartige Einschränkung und § 1 GWB unterscheidet, wie gezeigt wurde, nicht zwischen Kartellen gegen lauteren Wettbewerb und Kartellen gegen unlauteren Wettbewerb. Erfüllt eine Wettbewerbsregel die Voraussetzungen von § 28 II GWB und hat die Kartellbehörde hinsichtlich § 31 I GWB keine Bedenken gegen die Eintragung einer Wettbewerbsregel, so darf sie eingetragen werden; aus § 1 I 1 GWB i. V. m. § 29 GWB ergeben sich keine weiteren Schranken neben den von § 28 II GWB gesetzten.
Daraus folgt aber, daß auch das Kartellverbot des § 1 GWB keinen unmittelbaren Lauterkeitsbezug von Wettbewerbsregeln erforderlich macht.

b. § 31 I GWB und § 1 GWB

Dieselbe Problematik wie beim Verhältnis von § 29 GWB zu § 1 GWB ergibt sich auch für das Verhältnis von § 31 I GWB zu § 1 GWB.

1. Nach der strengsten Auffassung darf ein Verhalten, das nicht nach § 1 GWB vereinbart werden darf, auch nicht in Wettbewerbsregeln vorgeschrieben werden.

---

69) Ber. WiPolA V Abschn. 4 a, Wettbewerbsregeln, zu § 26 b des Entwurfs (heute § 29), GemK. 1. Aufl. S. 1195;

Diesen "Vorrang des § 1 GWB vor allen Wettbewerbsregeln" stelle das GWB in § 31 I GWB klar. [70] Sobald Wettbewerbsregeln lauteren Wettbewerb beschränken, fallen sie nach §§ 1, 28, 31 GWB unter das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen. [71]
Diese Ansicht interpretiert das "kann" in § 31 I GWB, das auf die Zulässigkeit einer Ermessensentscheidung des BKartA hindeutet, ob es Wettbewerbsregeln mit Kartellcharakter eintragen will, wie ein "muß". [72]
Eine solche Auslegung von § 31 I GWB ist schon deshalb bedenklich, weil sie mit seinem Wortlaut, der eine Ermessensentscheidung ausdrücklich vorsieht, in Widerspruch steht. Außerdem beruht auch diese Auffassung auf der hier abgelehnten Ansicht, daß die Beschränkung unlauteren Wettbewerbs nicht unter das Kartellverbot des § 1 GWB falle.

2. Demgegenüber geht die überwiegende Meinung dahin, daß § 31 I GWB der Kartellbehörde eine Ermessensentscheidung darüber gibt, ob sie Wettbewerbsregeln, deren vertragliche Verbindlichmachung den Kartelltatbestand des § 1 GWB erfüllen würde, eintragen will. [73]

Sobald Wettbewerbsregeln jedoch geeignet waren, auch lauteren Wettbewerb einzuschränken, hat sie das BKartA mit besonderer Zurückhaltung eingetragen. Nur wenn besondere Umstände vorlagen und Wettbewerbsregeln dem Schutz des Leistungswettbewerbs dienen sollten, hat es Wettbewerbsregeln zugelassen, die "in den Randbezirk des § 1 GWB geraten" und "den Verbotsbereich des § 1 GWB berühren", wobei das BKartA davon ausgeht, daß § 1 GWB nur die Beschränkung lauteren Wettbewerbs untersage. [74] Der Vorwurf DÖRINKELs, das BKartA lege das "kann" in § 31 I GWB wie "muß" aus und lehne deshalb Wettbewerbsregeln mit Kartellcharakter ab, ist nicht berechtigt. [75]

3. Keinen Anhalt im Gesetz findet die Ansicht, nach der sich § 31 I GWB nicht auf die Vorschrift des § 1 GWB beziehe, sondern nur eine Interessenab-

---

70) RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 251, Rdnr. 894;
71) FIKENTSCHER, Die Preisunterbietung, S. 31;
72) HIRSCH, Kontrolle wirtschaftlicher Macht, 1958, S. 31; vgl. DÖRINKEL, WuW 1960, 594;
73) BKartA WuW/E BKartA 609, 766, 815; TB 1959, 51; 1963, 29; KG WuW/E/OLG 702; BENKENDORFF, WuW 1958, 417; DÖRINKEL, WuW 1960, 594; EWALD, WRP 1964, 258; KELLERMANN, WuW 1965, 553, 555; KOENIGS, GRUR 1958, 592; KROITZSCH, GRUR 1965, 12; RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 145 f.;
74) BKartA, aaO;
75) DÖRINKEL, aaO;

wägung bei der Verletzung der übrigen Vorschriften des GWB fordere.
Die mit § 31 I GWB verfolgte Absicht, eine Abwägung zwischen der Lauterkeit des Wettbewerbs und der Freiheit des Wettbewerbs bzw. zwischen dem Interesse an der Freiheit des Wettbewerbs und dem Interesse an der Beschränkung des Wettbewerbs zu ermöglichen, würde durch eine solche Interpretation von § 31 I GWB teilweise vereitelt. [76]

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß § 31 I GWB dann kein Hindernis für die Eintragung von Wettbewerbsregeln, deren Verbindlichmachung durch Verträge oder Beschlüsse an sich gegen § 1 GWB verstoßen würde, darstellt, wenn die Wettbewerbsregeln durch den Zweck des § 28 II GWB gerechtfertigt sind. Vielmehr ist gerade die in § 31 I GWB vorgesehene Ermessensentscheidung ein Indiz dafür, daß auch solche Wettbewerbsregeln eingetragen werden dürfen, die lauteren Wettbewerb beschränken.

c. Das Verhältnis von § 1 I 2 GWB zu den §§ 28 ff. GWB

1. Umschreibung des schutzfähigen Wettbewerbs durch eingetragene Wettbewerbsregeln

§ 1 GWB setzt dem Anwendungsbereich für Wettbewerbsregeln, wie ihn der Wortlaut von § 28 II GWB vorsieht, dann keine Schranken, wenn man dem Sinnzusammenhang des GWB, insbesondere der Kannvorschrift des § 31 I GWB i. V. m. § 29 GWB entnimmt, daß es sich bei der Eintragung von Wettbewerbsregeln "der Sache nach nicht um eine Freistellung vom Kartellverbot, sondern um eine Bestimmung des schutzfähigen Wettbewerbs" handle. [77] Da es außer den §§ 2 - 8 GWB keine in einem eigenen Verfahren geregelte Erlaubnismöglichkeit von Kartellen gebe, könne und solle hier § 31 GWB eingreifen und "den Schutzbereich des § 1 GWB sachgerecht umgrenzen". [78] Vereinbarungen über die Einhaltung eingetragener Wettbewerbsregeln seien "als eine nicht dem Einwand des § 1 GWB unterliegende sachgerechte Umgrenzung des schutzwürdigen Wettbewerbs" zu behandeln. [79] Nach § 31 I i. V. m. § 28 II GWB sei zu prüfen, ob

---

76) KG WuW/E/OLG 756; BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 31 Anm. 9; FRANZEN, GemK. § 28 Anm. 25; KOENIGS, GRUR 1958, 593; LIEBERKNECHT, Festschrift für Möhring, S. 84 f.; WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 137;

77) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 28 Anm. 2;

78) WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 136;

79) BGH WuW/E/BGH 451 ff.; BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, § 29 Anm. 4; FRANZEN, GemK. 1. Aufl. § 29 Anm. 1; ähnlich OEHLER, Wettbewerbsregeln, S. 60;

die Vereinbarung über die Einhaltung einer Wettbewerbsregel "unlauteren oder wenigstens nicht schützenswerten Wettbewerb betrifft und daher nicht unter das Verbot des § 1 GWB fällt. [80]

Eine stichhaltige Begründung für diese Ansicht wird allerdings nie gegeben und dürfte sich auch nicht finden lassen. Die Argumentation, das GWB kenne außer den §§ 2 - 8 GWB keine Ausnahmevorschriften vom Kartellverbot [81], setzt bereits voraus, was mit ihr erst bewiesen werden soll, nämlich ob nicht auch die §§ 28 ff. GWB Ausnahmen vom Kartellverbot rechtfertigen und ob sie im Verhältnis zu § 1 GWB eine Art "Ausnahmegeneralklausel" darstellen.

Auch in den §§ 2 - 8 GWB wird der schutzfähige Wettbewerb näher umschrieben und dennoch sind diese Vorschriften rechtstechnisch gesehen Ausnahmen vom Kartellverbot. Ihre Anwendbarkeit setzt das Vorliegen des Kartelltatbestandes nach § 1 GWB gerade voraus, und erst wenn die in den §§ 2 - 8 GWB näher umschriebenen Voraussetzungen vorliegen, kann eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellt werden.

Die Ansicht, daß Wettbewerbsregeln i. S. v. § 28 II GWB nur eine Bestimmung des schutzfähigen Wettbewerbs seien, ließe sich nur halten, wenn auch die Beschränkung bestimmter Formen lauteren Wettbewerbs vom Kartellverbot ausgenommen wäre oder wenn man für die Anwendbarkeit von § 1 GWB eine wesentliche Wettbewerbsbeschränkung fordert. [82]

2. Umschreibung des schutzfähigen Wettbewerbs durch eingetragene und nicht eingetragene Wettbewerbsregeln

Nach Ansicht des Hans. OLG Hamburg fallen Vereinbarungen über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln, die lauteren Wettbewerb anregen wollen, nicht unter das Kartellverbot des § 1 I GWB, da sie nach § 28 GWB ausdrücklich zulässig sind und das Kartellverbot dann nicht gilt, wenn im Gesetz etwas anderes bestimmt ist, § 1 I 2 GWB; nach der Zielsetzung des GWB sei aber nur der lautere Wettbewerb frei und schutzwürdig. [83]

Die Begründung, § 28 GWB stelle Vereinbarungen über die Einhaltung von Wett-

---

80) BKartA WuW/E BKartA 609 ff. Leitsatz 2; anders allerdings BKartA WuW/E BKartA 721: "Wettbewerbsregeln dürfen in die von § 1 GWB geschützte Sphäre eindringen, sofern sie ... sich gegen einen nicht mehr schützenswerten Wettbewerb richten".

81) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, § 28 Anm. 20;

82) Vgl. GLOEDE, WRP 1958, 68;

83) Hans. OLG Hamburg, 25. 8. 1966, WRP 1966, 387 ff., 389;

bewerbsregeln vom Kartellverbot des § 1 I 1 GWB nach § 1 I 2 GWB frei, dürfte sich nicht halten lassen. Wie dargelegt erlaubt § 28 II 1 GWB nach seinem Wortlaut nicht nur Wettbewerbsregeln, die unlauteren Wettbewerb untersagen, sondern auch solche, die sich mit dem Zweck, unlauterem Wettbewerb entgegenzuwirken, gegen bestimmte Formen noch lauteren Wettbewerbs richten. Sind aber alle Wettbewerbsregeln mit dem nach § 28 GWB zulässigen Inhalt nach § 1 I 1 GWB vom Kartellverbot ausgenommen, und begrenzt § 28 II GWB somit den Schutzbereich von § 1 GWB, so würden im Hinblick auf den zulässigen Inhalt keine Unterschiede zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen Wettbewerbsregeln bestehen. [84] Auch Vereinbarungen über die Einhaltung von nicht eingetragenen Wettbewerbsregeln, die lauteren Wettbewerb mit dem Zweck, unlauterem Wettbewerb entgegenzuwirken, beschränken, wären nach dieser Ansicht vom Kartellverbot des § 1 I 1 GWB ausgenommen.

d. § 81 II GWB a. F.

Nach dem Wegfall der "Opportunitätsvorschrift" des § 81 II GWB durch die Novellierung des GWB von 1965 hat die Ansicht keine aktuelle Bedeutung mehr, die Wettbewerbsregeln dann für eintragbar hält, wenn sie die Kartellbehörde aus Gründen der Opportunität nach § 81 II GWB (a. F.) dulden dürfte, obwohl es sich bei deren Verbindlichmachung durch Verträge oder Beschlüsse um unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen handelt. [85]
Diese Ansicht ist für das zu lösende Problem, ob dem nach dem Wortlaut von § 28 II GWB zulässigen Anwendungsbereich für Wettbewerbsregeln durch § 1 GWB Schranken gesetzt werden, nur insofern von Bedeutung, als sie davon ausgeht, daß Kartelle nach § 1 GWB nur zulässig sind, wenn das GWB ausdrücklich dazu ermächtigt, § 1 I 2 GWB, und daß eine solche Ermächtigung in den §§ 28 ff. GWB nicht zu sehen ist.

e. Zusammenfassung

Im Hinblick auf die Fragestellung, ob § 1 GWB dem nach § 28 II GWB möglichen Anwendungsbereich von Wettbewerbsregeln dahingehend Grenzen setzt, daß nur unlauterer Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln untersagt werden darf, lassen sich die aufgeführten Meinungen in zwei Gruppen zusammenfassen:

---

84) KELLERMANN, WuW 1965, 562;
85) KOENIGS, GRUR 1958, 592; MAYER-WEGELIN GWB, § 28 Anm. 2, S. 57; a. A. BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 31 Anm. 8;

1. Die Beschränkung (noch) lauteren Wettbewerbs ist unzulässig.
2. Auch lauterer Wettbewerb darf beschränkt werden, wenn es dem in § 28 II 1 GWB bezeichneten Zweck dient, sei es, daß man in den §§ 29 oder 31 I GWB Ermächtigungen zu Ausnahmen vom Kartellverbot sieht, sei es, daß Wettbewerbsregeln den nach § 1 GWB schutzfähigen Wettbewerb umschreiben und begrenzen.

Es ist offensichtlich, daß diese beiden Ansichten in einem unüberbrückbaren Gegensatz zueinander stehen und keine Mittelmeinung zulassen.

C. §§ 28 ff. GWB ALS AUSNAHMEVORSCHRIFTEN ZU § 1 GWB

I. Argumentation vom Zweck der Wettbewerbsregeln her

Die Ansicht, daß nur der unlautere Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln beschränkt werden darf, wird mit den verschiedensten Begründungen bekämpft. Meist versucht man, vom Zweck der Wettbewerbsregeln auf deren zulässigen Inhalt und auf den Anwendungsbereich der §§ 28 ff. GWB zu schließen.

a. Es wird vorgebracht, daß es nicht der komplizierten Fassung des § 28 II GWB bedurft hätte, wenn Wettbewerbsregeln nur unlauteren Wettbewerb beschränken dürfen. [86] Dabei wird jedoch die Fragestellung, ob der nach dem Wortlaut von § 28 II GWB zulässige Inhalt von Wettbewerbsregeln durch § 1 GWB beschränkt werde, genau umgekehrt; die Frage, ob der weite Anwendungsbereich von § 28 II GWB durch § 1 GWB beschränkt wird und ob es sich bei den §§ 28 ff. GWB um Ausnahmevorschriften zu § 1 GWB handle, kann nicht damit beantwortet werden, daß § 28 II GWB den Anwendungsbereich von § 1 GWB beschränkt (petitio principii !). Die Begründung deckt sich hier mit der zu beweisenden Behauptung. Es soll gerade erst bewiesen werden, ob der komplizierte und weitgefaßte Wortlaut von § 28 II GWB im Zusammenhang mit den übrigen Vorschriften der §§ 28 ff. GWB Ausnahmen vom Kartellverbot des § 1 GWB rechtfertigt.

b. Nach einer anderen Meinung wäre das Institut der Wettbewerbsregeln nach §§ 28 ff. GWB unnötig, wenn nur unlauterer Wettbewerb beschränkt werden

86) WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 97; RHEINFELS, DB 1957, 813, 814; KELLERMANN, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 63;

dürfte. [87] Der §§ 28 ff. GWB hätte es neben dem UWG und der Praxis des Bundeswirtschaftsministeriums nicht bedurft, denn "was ohnehin wettbewerbsrechtlich verboten ist, braucht nicht immer wiederholt zu werden; es wird dadurch weder unerlaubter noch gewinnt das Verbot an Überzeugungskraft". [88] § 29 GWB hätte nur deklaratorische Bedeutung, wenn nur unlauterer Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln beschränkt werden dürfte. [89]

Diese Meinung verkennt, daß auch Wettbewerbsregeln, die sich nur gegen unlauteren Wettbewerb richten, erhebliche Bedeutung zukommt. Gerade in dem Grenzbereich der grauen Zone dienen Wettbewerbsregeln der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Sie helfen unnötige Prozesse zu vermeiden, die sich oft jahrelang hinziehen und Kosten verursachen; durch Bekämpfung der Grenzmoral und durch klare Regelung dessen, was erlaubt und was nicht erlaubt ist, wird durch Wettbewerbsregeln die Startgleichheit der Wettbewerber verbessert. Die vertragliche Bindung an Wettbewerbsregeln erlaubt auch die vertragliche Durchsetzbarkeit; damit wird die unsichere Anspruchsgrundlage des § 1 UWG und der Vorwurf eines Sittenverstoßes vermieden. Wettbewerbsregeln können auch Indizwirkung für § 1 UWG haben. [90] Weiterhin dienen Wettbewerbsregeln dazu, die Vorschrift des § 1 UWG für die einzelnen Wirtschaftszweige zu konkretisieren, die vielfach nicht ausreichend bekannte Rechtsprechung zum UWG in die Sprache des Kaufmanns zu übersetzen, neue Wettbewerbsmethoden rechtlich zu erfassen, bevor eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt und Zweifelsfragen zu klären, die aus Scheu vor dem Risiko eines Wettbewerbsprozesses nicht zur Entscheidung gestellt werden. [91] Die Eintragung von Wettbewerbsregeln gegen unlauteren Wettbewerb hätte für die Verbandsmitglieder weiterhin den Vorteil, dem Vorwurf des Verstoßes gegen das Kartellverbot auch dann nicht ausgesetzt zu sein, wenn die Grenzen des unlauteren Wettbewerbs auf Kosten des lauteren Wettbewerbs unrichtig bestimmt wurden.

Die Ansicht, daß § 29 GWB nur deklaratorische Funktion zukäme, wenn Wettbewerbsregeln nur unlauteren Wettbewerb verbieten dürften, geht stillschweigend davon aus, daß Vereinbarungen gegen unlauteren Wettbewerb nicht den Kartelltatbestand erfüllen.

---

87) MANGOLD, Preislistenzwang, S. 79; ROWEDDER, MDR 1958, 384, 386; WALDE, S. 83 f.; KELLERMANN, aaO, S. 62 f., 63;

88) WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 83 f.;

89) Vgl. LUKES, Kartellvertrag, S. 125;

90) VÖLP, WRP 1957, 351, 356; LG Berlin WuW/E/LG/AG 267 f.;

91) KOENIGS, GRUR 1958, 589 ff., 591;

II. Wortlaut von § 29 GWB

Nach § 29 GWB "sind" Vereinbarungen über die Einhaltung eingetragener Wettbewerbsregeln keine Verträge oder Beschlüsse i. S. v. § 1 GWB. Im Unterschied zu § 29 GWB heißt es in den Ausnahmevorschriften der §§ 2 - 8 GWB dagegen: § 1 "gilt" nicht, ... Während also die Ausnahmeregelungen der §§ 2 ff. GWB offensichtlich davon ausgehen, daß Konditionenkartelle usw. den Kartelltatbestand des § 1 GWB erfüllen, scheint der Wortlaut von § 29 GWB zunächst dafür zu sprechen, daß es sich bei Vereinbarungen über die Einhaltung von eingetragenen Wettbewerbsregeln um keine Kartelle handelt.

Selbst wenn das Kartellverbot nur die Beschränkung lauteren Wettbewerbs untersagt, so fragt es sich doch, weswegen § 29 GWB nur Vereinbarungen über die Einhaltung eingetragener Wettbewerbsregeln erfaßt; denn auch Vereinbarungen über die Einhaltung nicht eingetragener Wettbewerbsregeln würden bei dem auf einen lauteren Wettbewerb beschränkten Anwendungsbereich von § 1 GWB nicht gegen das Kartellverbot verstoßen. Hat aber § 29 GWB die Funktion, Vereinbarungen über die Einhaltung von eingetragenen Wettbewerbsregeln auch dann vom Kartellverbot des § 1 GWB auszunehmen, wenn der Bereich des unlauteren Wettbewerbs in einer Wettbewerbsregel zu weit gefaßt wurde [92], so hat § 29 GWB gerade nicht nur deklaratorische Natur, wie es sein Wortlaut zunächst vermuten läßt. Soll § 29 GWB überhaupt einen Sinn haben, so müssen auch Wettbewerbsregeln, die lauteren Wettbewerb beschränken, von § 29 GWB erfaßt werden. Damit entfällt aber ein wesentlicher und grundsätzlicher Unterschied zwischen dem "§ 1 gilt nicht" der §§ 2 ff. GWB und dem "sind keine Verträge oder Beschlüsse i. S. d. § 1" in § 29 GWB. In beiden Fällen sollen Verträge, die den Kartelltatbestand des § 1 GWB erfüllen, vom Kartellverbot ausgenommen werden. Ein rechtlicher Unterschied ist also aus der verschiedenen Formulierung nicht herauszulesen. Aus dem Wortlaut von § 29 GWB ist nicht zu entnehmen, daß er nur deklaratorische Funktion habe und sich nur auf Vereinbarungen über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln gegen unlauteren Wettbewerb bezieht. Der Wortlaut zwingt also nicht dazu, dem § 29 GWB nur deklaratorische Bedeutung beizumessen.

Wollte man aus dem Wortlaut von § 29 GWB auf eine nur deklaratorische Funktion schließen, so würde man dabei voraussetzen, daß sich der Anwendungsbe-

---

92) a. A. anscheinend BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE, S. 28, nach denen die in § 29 GWB vorgesehene Befreiung von § 1 GWB nicht eintritt, wenn Wettbewerbsregeln den Umfang der Verbote des allgemeinen Wettbewerbsrechts überschreiten und neue Verbotstatbestände schaffen. Diese Ansicht steht jedoch mit dem insoweit klaren Wortlaut von § 29 GWB offensichtlich in Widerspruch.

reich von § 1 GWB nur auf den lauteren Wettbewerb beschränkt, die Beschränkung unlauteren Wettbewerbs dagegen den Kartelltatbestand nicht erfüllt, denn sonst ließe § 29 GWB i.V.m. § 1 GWB für Wettbewerbsregeln überhaupt keinen Raum, ein unsinniges Ergebnis ! Gerade die These, daß sich der Anwendungsbereich von § 1 GWB auf den lauteren und erlaubten Wettbewerb beschränkt, ist aber als unbegründet abzulehnen. [93]

III. Motive zu § 29 GWB

Obwohl sich gezeigt hat, daß weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinnzusammenhang und Sinn und Zweck der §§ 28 ff. GWB zu entnehmen ist, daß Wettbewerbsregeln nur unlauteren Wettbewerb einschränken dürfen, soll noch auf die Motive zu § 29 GWB zurückgegriffen werden, um zu beweisen, daß Wettbewerbsregeln auch bestimmte Formen lauteren Wettbewerbs beschränken dürfen.
Im Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses zum GWB stellte ELBRÄCHTER zum heutigen § 29 GWB klar, daß § 29 GWB "Vereinbarungen, durch welche sich die Beteiligten zur Einhaltung von Wettbewerbsregeln verpflichten, generell von der Anwendbarkeit des § 1 dieses Gesetzes freistellt". [94]

Aus der Vorschrift des § 1 GWB ergibt sich demnach für den Anwendungsbereich von § 28 II GWB keine Schranke. Wettbewerbsregeln, die die Voraussetzungen der §§ 28 ff. GWB erfüllen, können auch dann eingetragen werden, wenn Vereinbarungen über ihre Einhaltung tatbestandlich unter § 1 GWB fallen.

IV. § 29 GWB und die Lauterkeitsverträge

Die bisherigen Ausführungen, insbesondere zu § 29 GWB, haben gezeigt, daß alle Ansichten, die den Anwendungsbereich von Wettbewerbsregeln auf das Verbot unlauteren Wettbewerbs beschränken wollen und die den §§ 28 ff. GWB die Rechtsnatur einer Ausnahmeregelung vom Kartellverbot des § 1 GWB absprechen, mit der These stehen und fallen, § 1 GWB untersage nur die Beschränkung lauteren Wettbewerbs, erfasse dagegen nicht Kartelle gegen unlauteren Wettbewerb.

---

93) Siehe ausführlich dazu Teil I;

94) Ber. WiPolA V Abschn. 4 a, Wettbewerbsregeln, zu § 26 b. GemK. 1. Aufl. S. 1195;

Da sich § 1 GWB gegen jegliche Wettbewerbsbeschränkung richtet, auch gegen die Beschränkung unlauteren Wettbewerbs, so ist jede Vereinbarung über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln ein Kartell i. S. v. § 1 GWB, auch wenn die Wettbewerbsregel nur unlauteren Wettbewerb untersagt. Damit ist aber auch bewiesen, daß § 1 GWB dem Anwendungsbereich von § 28 II GWB keine Schranken setzt, sondern daß vielmehr umgekehrt die §§ 28 ff. GWB systematisch zu den Ausnahmevorschriften vom Kartellverbot zu zählen sind, § 29 GWB hat die Funktion, alle Vereinbarungen über die Einhaltung eingetragener Wettbewerbsregeln vom Kartellverbot freizustellen, ohne daß § 29 GWB zwischen der Beschränkung unlauteren und der Beschränkung lauteren Wettbewerbs unterscheidet.

KAPITEL 3:
Der zulässige Inhalt der Förderungsregeln nach § 28 II GWB 2. Alternative

Die Förderungsregeln nach § 28 II 2 GWB haben den Zweck, ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen.

Die Auslegung dieser Vorschrift macht besondere Schwierigkeiten. Der Wortlaut der 2. Alternative von § 28 II GWB ist nahezu unverständlich. Trotzdem oder auch gerade deswegen ist eine sorgfältige Analyse dieses Teils der Vorschrift des § 28 II GWB noch nicht vorgenommen worden. Vielfach betrachtet man § 28 II 2 GWB nur als positive Formulierung von § 28 II 1 GWB: die Lauterkeitsregeln sollen bestimmten Verhaltensweisen, die den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs widersprechen, entgegenwirken, während die Förderungsregeln die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs anregen sollen; insbesondere fällt auf, daß bei der Bestimmung des zulässigen Inhalts von Wettbewerbsregeln die in § 28 II GWB getroffene Unterscheidung von Lauterkeitsregeln und Förderungsregeln häufig überhaupt nicht gewürdigt wird.

A. ÜBERBLICK ÜBER DIE VERTRETENEN MEINUNGEN

I. Unmittelbarer Lauterkeitsbezug

Ein Teil der Autoren vertritt die Ansicht, daß alle Wettbewerbsregeln unmittelbar lauterkeitsbezogen sein müssen, d. h. daß sie nur solches Verhalten im Wettbewerb untersagen dürfen, das nach den Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts unlauter ist. [95] Diese Autoren differenzieren nicht zwischen Lauterkeitsregeln (§ 28 II 1 GWB) und Förderungsregeln (§ 28 II 2 GWB). Nach BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE [96] ergibt sich das eindeutig aus dem Wortlaut von § 28 II GWB; danach dürfen durch Wettbewerbsregeln keine Wettbewerbshandlungen untersagt werden, die weder durch Gesetz noch von der Rechtsprechung für unzulässig erklärt worden sind oder werden könnten. Für FIKENTSCHER folgt der unmittelbare Lauterkeitsbezug von Wettbewerbsregeln aus dem Verbot materieller Wettbewerbsbeschränkungen; Wettbewerbsregeln seien nur zulässig, wenn sie unlauteren Wettbewerb regeln. [97] Allerdings seien Wettbewerbskodizes, die lediglich den Tenor von § 1 UWG oder die Thesen der Rechtsprechung wiedergeben, kaum lohnend. [98] Deswegen dürfte eine extensive Handhabung der Wettbewerbskodizes im Bereich der grauen Zone dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. [99]

Daß § 1 GWB dem Anwendungsbereich von § 28 II GWB keine Schranken setzt, wurde bereits erörtert, so daß wegen des Kartellverbotes kein unmittelbarer Lauterkeitsbezug von Wettbewerbsregeln erforderlich ist. Ebensowenig wie der Wortlaut von § 28 II 1 GWB fordert aber auch der Wortlaut von § 28 II 2 GWB keinen unmittelbaren Lauterkeitsbezug.

---

95) BÜNTIG, BB 1958, 62; FIKENTSCHER, Preisunterbietung, S. 31, 79; LUKES, Kartellvertrag, S. 125; REIMANN, WuW 1957, 621 ff.; RINCK Wirtschaftsrecht, S. 251, Rdnr. 894; vgl. WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 68;

96) BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE, S. 28;

97) FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 300 ff.; vgl. v. BRUNN, Festschrift für R. Isay, S. 188;

98) FIKENTSCHER, GRUR AIT 1966, 186; ders. Festschrift für Hallstein, S. 146;

99) FIKENTSCHER, GRUR AIT 1966, 187; ders. Festschrift für Hallstein, S. 148;

II. Mittelbarer Lauterkeitsbezug: Förderung der Lauterkeit

Die weitaus h. M. geht dahin, daß Wettbewerbsregeln zwar über den Bereich des vom allgemeinen Wettbewerbsrecht Verbotenen hinaus neue Verbotstatbestände aufstellen dürfen; sie müssen dabei aber den Zweck verfolgen, unlauteren Wettbewerb zu bekämpfen und die Lauterkeit im Wettbewerb zu fördern [100]; dabei dürfen sie auch lauteren Wettbewerb beschränken; es genüge also ein mittelbarer Lauterkeitsbezug. [101]

a. Keine Unterscheidung zwischen § 28 II 1 und § 28 II 2 GWB

Aus der zweifachen Verwendung des Wortes "Verhalten" in § 28 II GWB folgert LIEBERKNECHT, daß nur ein mittelbarer Lauterkeitsbezug erforderlich ist [102]; denn nach § 28 II GWB müssen geregeltes und angestrebtes Verhalten nicht identisch sein; vielmehr könne das geregelte Verhalten selbst wettbewerbsneutral sein, wenn nur die Regelung zu dem Zweck erfolgt, unlauterem Verhalten entgegenzuwirken und lauteres Verhalten anzuregen. [103] § 28 II GWB umschreibe nur den Zweck, dem Wettbewerbsregeln zu dienen haben. Das sei die Förderung der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs. [104] Dagegen nenne § 28 II GWB nicht die Mittel zur Erreichung dieses Ziels. Den Erfordernissen des § 28 II GWB sei auch Genüge getan, wenn die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs nicht unmittelbar Inhalt der Wettbewerbsregeln seien. Wettbewerbsregeln dürfen nicht nur wiederholen, was bereits vom allgemeinen Wettbewerbsrecht als unlauter gekennzeichnet ist, denn sonst wäre die Aufnahme

---

100) KELLERMANN, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 64; BGH, WuW/E/BGH 767 "Bauindustrie";

101) BKartA TB 1959, 50 f.; WuW/E/BKartA 98, 100; 586, 591; 719 ff.; 772, 1168 f., 1188, 1214, BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 28 Anm. 20; v. BRAUCHITSCH, Kartellrecht, § 31 II 2 b; FRANZEN, GemK. 2. Aufl. Anm. 4, 50; EWALD WRP 1964, 258; GLOEDE WRP 1958, 67; KELLERMANN WuW 1965, 552; KROITZSCH GRUR 1965, 13, 19;

102) Vgl. LIEBERKNECHT, Festschrift für Möhring, S. 67 ff., 69;

103) LIEBERKNECHT, aaO; ebenso jetzt KELLERMANN, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 73 f.;

104) KELLERMANN, WuW 1965, 552 f.; WALDE, Wettbewerbsregeln S. 3;

eines besonderen Abschnittes über Wettbewerbsregeln, insbesondere das gründliche Eintragungsverfahren völlig unverständlich, da das Verbot unlauteren Wettbewerbs durch vertragliche Vereinbarungen sowieso nicht von § 1 GWB erfaßt werde. [105]

Eine weitere Ansicht leitet aus § 29 GWB ab, daß Wettbewerbsregeln nicht nur zu wiederholen brauchen, was bereits nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht verboten ist da Vereinbarungen über die Einhaltung solcher Wettbewerbsregeln ohnehin nicht unter § 1 GWB fallen. [106]

Bei diesen Ansichten fällt auf, daß sie einen Lauterkeitsbezug als selbstverständlich fordern und nur noch zu begründen versuchen, weswegen ein mittelbarer Lauterkeitsbezug ausreicht, ohne vorher geklärt zu haben, ob überhaupt ein Lauterkeitsbezug erforderlich ist.

Diesen Ansichten ist weiterhin gemeinsam, daß sie nicht zwischen der 1. und 2. Alternative von § 28 II differenzieren, sondern allgemein vom zulässigen Inhalt der Wettbewerbsregeln nach § 28 II GWB sprechen.

b. Unterscheidung zwischen § 28 II 1 und § 28 II 2 GWB

Nur in vereinzelten Fällen wird zwischen den beiden Alternativen von § 28 II GWB unterschieden.

Wettbewerbsregeln haben unlauterem Wettbewerb entgegenzuwirken und die guten Sitten im Wettbewerb zu fördern. [107] Aus dem Begriffspaar "entgegenwirken" - "anregen" folge, daß Wettbewerbsregeln nicht darauf beschrankt seien, nur sittenwidrige Handlungen zu verbieten, sondern daß sie auch über das Recht des unlauteren Wettbewerbs hinausgehen dürfen [108]; deshalb sei die enge Auslegung von § 28 II GWB, die einen unmittelbaren Lauterkeitsbezug fordert, nicht richtig. [109] § 28 II 1 und § 28 II 2 GWB seien zwar nicht als Alternative formuliert und daraus folge, daß es sich bei ihnen um eine Kumulation handle [110]; eine inhaltliche Identität der beiden Alternativen sei aber nicht sinnvoll. Des-

---

105) KELLERMANN, WuW 1965, 553;
106) FRANZEN, GemK. 2. Aufl. § 28 Anm. 19; KELLERMANN, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 62 f.;
107) BKartA WuW/E/BKartA 873;
108) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 28 Anm. 9; FRANZEN, aaO; ders. BB 1963, 528 Fußnote 12;
109) WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 113;
110) EWALD, WRP 1967, 379; KROITZSCH, GRUR 1965, 19; a. A. KELLERMANN, aaO, S. 75;

halb sei davon auszugehen, daß § 28 II 1 GWB einen unmittelbaren Lauterkeitsbezug fordere, während nach § 28 II 2 GWB ein mittelbarer Lauterkeitsbezug genüge. [111]

Nach KELLERMANN [112] verwendet § 28 II GWB auch in seiner 2. Alternative den Begriff des "lauteren Wettbewerbs" im herkömmlichen Sinne des Wettbewerbsrechts. Daraus glaubt KELLERMANN folgern zu dürfen, daß Wettbewerbsregeln nach § 28 II 2 GWB zwar nicht unmittelbar gegen gesetzwidriges Tun gerichtet sein müssen, daß der Zweck aber doch in der Aufrechterhaltung und Förderung der Sauberkeit des Wettbewerbs liegen müsse, daß lauteres Verhalten gegenüber der Tendenz zum unlauteren Wettbewerb gestärkt und gefördert werden müsse. KELLERMANN setzt damit stillschweigend voraus, daß die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" Inhalt und nicht nur Schranke von Wettbewerbsregeln sind.

Demgegenüber sieht WALDE in den beiden Alternativen von § 28 II GWB nur eine Tautologie, in der in negativer und positiver Form etwas Einheitliches ausgedrückt werde. [113] Auch diese Ansichten, die zwischen § 28 II 1 und § 28 II 2 GWB differenzieren, fordern also einen Lauterkeitsbezug [114]; auch ihnen geht es nur darum, nachzuweisen, daß kein unmittelbarer Lauterkeitsbezug erforderlich ist. Das eigentliche Problem jedoch, ob nämlich überhaupt ein Lauterkeitsbezug erforderlich ist, wird entweder gar nicht gesehen oder mit der an keiner Stelle begründeten Behauptung abgetan, daß der Zweck der Wettbewerbsregeln die Förderung der Lauterkeit im Wettbewerb sei und daß Wettbewerbsregeln daher zumindest mittelbar lauterkeitsbezogen sein müssen.

III. Einschränkung der Lauterkeitsbezogenheit

Ohne auf das Erfordernis eines zumindest mittelbaren Lauterkeitsbezuges zu verzichten, wurde jedoch immer wieder versucht, die durch den Zweck der Lauterkeitsförderung gesetzten Grenzen auszuweiten, indem man vorschlug, den - vom Gesetz nicht gebrauchten - Begriff "Förderung der Lauterkeit" nicht zu eng auszulegen. [115] Besonders im Bereich der "grauen Zone" forderte man eine extensive Auslegung von § 28 II GWB. [116] Besonders mit "begrifflichen Kunststücken"

---

111) EWALD, WRP 1967, 379;
112) KELLERMANN, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 75;
113) WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 103, 111 f.; KROITZSCH, GRUR 1965, 19;
114) Vgl. LIEBERKNECHT, Festschrift für Möhring, S. 68 f.;
115) FRANZEN, WuW 1957, 750; RASCH-WESTRICK, GWB 3. Aufl. §§ 28 ff. Anm. 9;
116) FIKENTSCHER, GRUR AIT 1966, 187;

wurde immer wieder versucht, den Anwendungsbereich von § 28 II GWB auszuweiten. Zwar hält man die Lauterkeitsbezogenheit von Wettbewerbsregeln für erforderlich; Wettbewerbsregeln haben den Zweck, die Lauterkeit zu fördern. [117] Wettbewerbshandlungen, die nicht dem Leistungsprinzip entsprechen, verstießen "erfahrungsgemäß zumeist auch gegen die sittliche Ordnung des Wettbewerbs". Das bedeute aber eine weitgehende Gleichsetzung der Begriffe "lauterer Wettbewerb" und "Leistungswettbewerb". [118]

Da aber der Leistungswettbewerb im lauteren Wettbewerb enthalten sei, dürfen Wettbewerbsregeln auch auf die Förderung des Leistungswettbewerbs gerichtet sein, d. h. sie dürfen den lauteren Wettbewerb fördern. [119] Damit ist aber nicht mehr die Förderung der Lauterkeit, sondern die Förderung des lauteren Wettbewerbs Zulässigkeitsvoraussetzung für Wettbewerbsregeln; nach § 28 II 2 GWB dürfen nach dieser Ansicht Wettbewerbsregeln den Wettbewerb fördern, soweit dieser lauter und erlaubt ist, soweit es sich um Leistungswettbewerb handelt.

Damit ist aber eindeutig das Postulat der Lauterkeitsbezogenheit im bisher gebrauchten Sinne aufgegeben. An die Stelle der Lauterkeitsförderung ist die Wettbewerbsförderung getreten.

Die Praxis hat sich diese Argumentation zueigen gemacht. In seinem Beschluß vom 29. 3. 1963 über die Wettbewerbsregeln der Bauindustrie hält das BKartA zwar daran fest, daß Wettbewerbsregeln lauterkeitsbezogen sein müssen. [120] Das Gebot einer ordnungsgemäßen Kalkulation lasse sich zwar nicht allgemein aus den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs rechtfertigen; im Bereich der Bauwirtschaft diene die Kalkulation jedoch der Verwirklichung wesentlicher Ordnungsgrundsätze und liege daher im allgemeinen Interesse an der Sicherung eines leistungsgerechten Wettbewerbs. Durch die Sicherung eines leistungsgerechten Wettbewerbs könne der Gefahr von Wettbewerbsverfälschungen und -auswüchsen begegnet werden; auf diese Weise ließen sich marktwirtschaftliche Grundsätze auf dem Gebiet der Aufträge für Bauleistungen verstärkt durchsetzen. [121] Das Leistungsprinzip habe nicht nur indizielle Bedeutung für die Be-

---

117) Vgl. KELLERMANN, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 64 f.;

118) BKartA, WuW/E/BKA 304; vgl. KELLERMANN, aaO, S. 64, 77;

119) EWALD, WRP 1967, 381; Eb. GÜNTHER, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 22;

120) BKartA WuW/E/BKartA 586, 591;

121) BKartA WuW/E/BKartA 591;

wertung eines wettbewerblichen Verhaltens; Zweck der VOB/A sei auch die Gewähr eines sachgemäßen Verfahrens bei der Vergabe von Bauleistungen, und das sei eine wesentliche Voraussetzung für den Leistungswettbewerb auf dem Baumarkt. [122] Die Vorkalkulation sei "zumindest mittelbar lauterkeitsbezogen". [123]

Auch Wettbewerbsregeln, die einem übertriebenen Nebenleistungswettbewerb entgegenwirken, wurden als zulässig anerkannt, da sie unsachlichen, unsauberen und unfairen und damit im weiteren Sinne unlauteren Tendenzen im Wettbewerb entgegenwirken können. [124]
Der Steigerung eines gesunden Leistungswettbewerbs diene es, wenn Makler durch den Ausschluß von sachfremden Geschäften dazu angehalten werden, durch bessere Leistungen in Wettbewerb zu treten; insoweit dürfen sich Wettbewerbsregeln auch gegen lauteren aber nicht mehr schützenswerten Wettbewerb richten. [125]

Unter dem Vorwand, bestimmte Wettbewerbshandlungen tragen die Tendenz zur Unlauterkeit in sich, lassen sich leicht Wettbewerbsregeln rechtfertigen, die ihrem Wesen nach nicht auf die Förderung der Lauterkeit sondern auf die Förderung des Wettbewerbs gerichtet sind. Nebenleistungswettbewerb, Koppelungsgeschäfte, Preisunterbietungen, Direktverkäufe, aber auch Diskriminierungen bergen immer die Gefahr in sich, zur Unlauterkeit zu tendieren.

IV. Kein Lauterkeitsbezug: Förderung des Wettbewerbs

Während die h. M. ausdrücklich oder konkludent einen Lauterkeitsbezug von Wettbewerbsregeln fordert, genügt es nach der Ansicht einer Minderheit, daß Wettbewerbsregeln geeignet sind, den Wettbewerb zu fördern, soweit er den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entspricht, d. h. lauter ist.
Nach BENKENDORFF spricht die Entstehungsgeschichte der §§ 28 ff. GWB dafür, daß auch Wettbewerbsregeln zulässig sind, die auf die Förderung des Wettbewerbs gerichtet sind. [126] Wettbewerbsregeln, die die strukturellen Voraussetzungen für den Leistungswettbewerb schaffen sollen, die aber keinen Lauterkeitsbezug haben, seien nach § 28 II auch zulässig. [127] Wettbewerbsregeln

122) BKartA, aaO, 595;
123) BKartA, WuW/E BKartA 815 "Bauindustrie II"; vgl. STEFFANI, in: 10 Jahre Kartellgesetz, S. 355 ff., 358;
124) LKartB Niedersachsen WuW/E/LKartB 77 ff., 80 f.;
125) BKartA WuW/E/BKartA 719 ff.;
126) BENKENDORFF, WuW 1958, 421 f.;
127) LIEBERKNECHT, Festschrift für Möhring, S. 69;

dürfen auch Tatbestände des Nichtleistungswettbewerbs regeln, die nicht lauterkeitsbezogen sind. [128]

Von seiner Ansicht, daß mindestens ein mittelbarer Lauterkeitsbezug der Förderungsregeln erforderlich sei, ist offensichtlich auch das BKartA in seinem Tätigkeitsbericht von 1965 abgerückt. Während es früher die Lauterkeitsbezogenheit von Wettbewerbsregeln, die ihrem Wesen nach auf die Förderung des Wettbewerbs und nicht auf die Förderung der Lauterkeit gerichtet waren, mit Hilfe der Begriffe "Förderung des Leistungswettbewerbs" und "Tendenz zur Unlauterkeit" zu begründen versuchte, führt es in seinem Tätigkeitsbericht von 1965 aus, daß die §§ 28 ff. GWB "wie alle Vorschriften des GWB der Sicherung des Wettbewerbs als dem grundlegenden Prinzip der sozialen Marktwirtschaft" dienen. [129] Dabei erschöpfe sich der Anwendungsbereich der nach §§ 28 ff. GWB zugelassenen Wettbewerbsregeln nicht darin, nur die Lauterkeit im Wettbewerb zu schützen und zu fördern; vielmehr dürfen sie auch den Schutz und die Förderung des Leistungswettbewerbs bezwecken und den am Wettbewerb beteiligten Unternehmen ein Verhalten untersagen, "das zwar nicht unlauter und deswegen noch nicht ohne weiteres verboten ist, aber doch außerhalb eines Leistungswettbewerbs liegt und geeignet ist, die Wirksamkeit des Wettbewerbs wesentlich zu beeinträchtigen". [130] Deshalb dürfen Wettbewerbsregeln auch auf den "Schutz der wettbewerblichen Struktur durch Herstellung und Sicherung der Leistungsgerechtigkeit" gerichtet sein und "als Instrument zur Unterstützung strukturpolitischer Zielfunktionen der Wirtschaftspolitik" verwendet werden. [131]

Dieser Ansicht hat sich auch die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts von 1965 angeschlossen. [132]

Gegen diese im Tätigkeitsbericht von 1965 vom BKartA vertretene weite Auslegung von § 28 II GWB hat sich der BGH in einem "obiter dictum" - in der Entscheidung kam es nicht darauf an - entschieden gewandt; es gehe über den Wortlaut von § 28 II GWB hinaus, ihn als Vorschrift zur Förderung des sog. Leistungswettbewerbs zu verstehen. [133]

Auf diese Entscheidung des BGH hin schränkte das BKartA seine Ansicht in seinem Tätigkeitsbericht von 1966 dahin ein, daß die Bezugnahme auf die Förderung des Leistungswettbewerbs nicht genüge und daß Wettbewerbsregeln lauterkeits-

---

128) MÜLLER/GIESSLER, GWB, § 28 Anm. 13;

129) BKartA TB 1965 S. 14;

130) BKartA TB 1965, 14;

131) BKartA TB 1965, 15;

132) BKartA TB 1965, 2 f.;

133) BGH Urt. v. 15. 7. 1966 "Bauindustrie" WuW/E/BGH 767 ff., 776 mit Anmerkung von BENISCH;

bezogen sein müssen. [134]

Nach diesem systematisch geordneten Überblick über die Ansichten, die zu § 28 II (2. Alternative) GWB vertreten werden, stellt sich nun die Aufgabe, mit Hilfe des Wortlautes von § 28 II 2 GWB, dem Sinnzusammenhang und den Motiven zu bestimmen, ob Förderungsregeln nach § 28 II 2 GWB der Förderung der Lauterkeit oder derFörderung des Wettbewerbs zu dienen haben.

B. AUSLEGUNG VON § 28 II 2 GWB NACH WORTLAUT, SINNZUSAMMENHANG UND GESETZGEBERISCHEN MOTIVEN

I. Wortlaut von § 28 II 2 GWB

Nach dem Wortlaut von § 28 II 2 GWB haben Wettbewerbsregeln den Zweck, ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen.

Daraus, daß die Lauterkeitsregeln i. S. v. § 28 II 1 GWB einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten entgegenwirken sollen, folgt noch nicht umgekehrt für die Förderungsregeln, daß diese die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs fördern sollen. Ebensowenig, wie sich in der 1. Alternative von § 28 II GWB das Wort "entgegenwirken" auf die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs bezieht, bezieht sich in der 2. Alternative das Wort "anregen" auf die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs. [135]

Die Worte "entgegenwirken" und "anregen" in § 28 II GWB beziehen sich grammatikalisch allein auf das "Verhalten im Wettbewerb". Unlauterem Wettbewerbsverhalten soll durch Wettbewerbsregeln entgegengewirkt und lauteres Verhalten im Wettbewerb soll durch Wettbewerbsregeln angeregt werden. Fraglich kann nur sein, welchem Zweck das anzuregende Verhalten, das den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechen muß, dienen soll.

Als mögliche Zwecke des anzuregenden Verhaltens kommen insbesondere in Betracht:

Förderung der Lauterkeit [136] im Wettbewerb

oder

---

134) BKartA, Tätigkeitsbericht 1966, 11;

135) So aber KELLERMANN, WuW 1965, 552 f.;

136) Vgl. KELLERMANN, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 64; BKartA WuW/E/BKA 721, 772;

Förderung des lauteren Wettbewerbs [137]

a. Wichtig ist die Feststellung, daß sich das Wort "anregen" in § 28 II GWB grammatikalisch nicht auf die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs bezieht, sondern auf das "Verhalten im Wettbewerb". Ein Verhalten im Wettbewerb, das den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entspricht, d. h. ein lauteres Wettbewerbsverhalten soll durch Wettbewerbsregeln angeregt werden. Ein Verhalten im Wettbewerb, einWettbewerbsverhalten ist aber nichts anderes als eine Wettbewerbshandlung oder - wenn man wie hier den Wettbewerb nicht als Handlung, sondern als Zustand versteht - Wettbewerb.
Lautere Wettbewerbshandlungen, lauterer Wettbewerb soll durch die Förderungsregeln angeregt werden Förderungsregeln haben den Zweck, den Wettbewerb anzuregen, soweit er den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entspricht, d. h. lauter ist.

b. Die Richtigkeit dieser grammatikalischen Auslegung von § 28 II 2 GWB ergibt sich auch aus einem Vergleich mit der unbestrittenen und allein sinnvollen Auslegung des klarer gefaßten Wortlautes von § 28 II 1 GWB.
Nach § 28 II 1 GWB haben Wettbewerbsregeln den Zweck, einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken. Bei der Auslegung von § 28 II 1 GWB wurde das Wort "entgegenwirken" sinnvollerweise nie auf die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" bezogen, sondern auf das "Verhalten im Wettbewerb". Wettbewerbsregeln sollen einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden, d. h. unlauterem Wettbewerb entgegenwirken. Habe aber Lauterkeitsregeln nach § 28 II 1 GWB eindeutig den Zweck, unlauterem Wettbewerb entgegenzuwirken, so führt eine entsprechende Auslegung der 2. Alternative von § 28 II GWB, deren Wortlaut mit dem der 1. Alternative im Aufbau identisch ist, zu dem Ergebnis, daß die Förderungsregeln nach § 28 II GWB den lauteren Wettbewerbs anregen sollen. Versteht das Gesetz in § 28 II 1 GWB unter "Verhalten im Wettbewerb" soviel wie "Wettbewerb", so besteht kein Grund anzunehmen, daß es in § 28 II 1 GWB unter "Verhalten im Wettbewerb" etwas anderes als "Wettbewerb" versteht.
Der Vergleich des Wortlautes der 1. und 2. Alternative von § 28 II GWB zeigt also, daß die Förderungsregeln nach § 28 II GWB 2. Alternative den Zweck

137) Vgl. BKartA WuW/E/BKartA 815: "Das Verlangen nach einer angemessenen Vorkalkulation fördert vielmehr im Bereich der Bauwirtschaft auch den Leistungswettbewerb, der von dem Begriff des lauteren Wettbewerbs i. S. v. § 28 II GWB umfaßt wird, WiPolA V Vorb. zu § 26 a"; OEHLER, Wettbewerbsregeln, S. 60;

haben müssen, lauteren Wettbewerb anzuregen; Förderungsregeln sollen also den Wettbewerb anregen, jedoch nur in den durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs gezogenen Grenzen. So dürfen sie z.B. den Preis- und Qualitätswettbewerb nur insoweit anregen, als er lauter ist, nicht aber auf unlautere Preisunterbietungen, Durchbrechungen von lückenlosen Preisbindungen zur Anregung des Preiswettbewerbs oder auf Qualitätsverbesserungen mittels Patentverletzungen oder sklavischer Nachahmung zur Anregung des Qualitätswettbewerbs hinwirken.

c. Legt man den Wortlaut von § 28 II 2 GWB in Analogie zu § 28 II 1 GWB aus, so ergibt sich auch der Zweck der Förderungsregeln ebenso wie der der Lauterkeitsregeln unmittelbar aus dem Gesetz: die Lauterkeitsregeln sollen unlauteren Formen des Wettbewerbs entgegenwirken; die Förderungsregeln sollen lautere Formen des Wettbewerbs anregen. Sähe man dagegen den Zweck der Förderungsregeln in der Förderung der Lauterkeit, so müßte man in das Gesetz einen Zweck hineininterpretieren, der sich nicht unmittelbar aus ihm ergibt. Die Tatsache, daß eine an die Auslegung der 1. Alternative von § 28 II GWB angelehnte Auslegung der 2. Alternative einen gesetzlichen Zweck der Förderungsregeln ebenso unmittelbar erkennen läßt wie den der Lauterkeitsregeln nach § 28 II 1 GWB, legt es nahe, dieser Auslegung den Vorzug zu geben: Förderungsregeln haben den Zweck, lauteren Wettbewerb anzuregen.

d. Sieht man dagegen die Förderung der Lauterkeit als den Zweck der Förderungsregeln an, so würde das im Hinblick auf den Wortlaut von § 28 II 2 GWB zu seltsamen Ergebnissen führen; denn § 28 II 2 GWB schreibt vor, daß die Anregung des "Verhaltens im Wettbewerb" den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechen muß. Ist die "Anregung eines Verhaltens im Wettbewerb" auf die Förderung der Lauterkeit bezogen, so würde man § 28 II 2 GWB so interpretieren, als lautete er: "Wettbewerbsregeln haben den Zweck, ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Verhalten anzuregen, das die Lauterkeits fördert".
Es ist aber schwer einzusehen, weswegen § 28 II 2 GWB der Förderung der Lauterkeit durch die Grundsätze der Lauterkeit Grenzen setzen sollte. Ist es denkbar, daß Wettbewerbsregeln, die den Zweck haben, die Lauterkeit zu fördern, gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs verstoßen ? Das zu bejahen würde bedeuten, die Möglichkeit einzuräumen, die Lauterkeit durch Unlauterkeit zu fördern, ein wohl abwegiger Gedanke ! Soll das anzuregende Verhalten im Wettbewerb die Lauterkeit im Wettbewerb fördern, so hätte es der in § 28 II 2 GWB getroffenen Einschränkung der Lauterkeitsförderung durch die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" nicht bedurft. Sinnvoll ist die in § 28 II 2 GWB getroffene Einschränkung nur, wenn Förderungsregeln den Zweck haben, den Wettbewerb, soweit er lauter ist, anzuregen.

Bereits der Wortlaut von § 28 II 2 GWB spricht also dafür, daß durch Förderungsregeln nicht die Lauterkeit, sondern der Wettbewerb gefördert werden soll. Vom Wortlaut der §§ 28 ff. GWB her können daher keine Zweifel berechtigt sein, ob auch strukturpolitische Erwägungen bei der Zulassung von Wettbewerbsregeln berücksichtigt werden können. [138]
Erst recht nicht geht eine solche Deutung über den Wortlaut von § 28 II 2 GWB hinaus, wie es der BGH in einem überflüssigen "obiter dictum" behauptete. [139]

Es ist auch nicht einzusehen, weswegen die hier vorgeschlagene Auslegung von § 28 II 2 GWB, die LIEBERKNECHT nur deshalb befürwortet, weil sie allein eine sinnvolle Unterscheidung von Lauterkeitsregeln und Förderungsregeln erlaubt, richterlich die fernerliegende sein soll. [140]

Die Richtigkeit der hier vorgeschlagenen Auslegung des Wortlautes von § 28 II 2 GWB ergibt sich auch aus dem Sinnzusammenhang, in den § 28 II 2 GWB hineingestellt ist.

II. Der Sinnzusammenhang von § 28 II 2 GWB

a. Zweck des GWB - Zweck der §§ 28 ff. GWB

Aus dem komplexen Gesetzeszweck des GWB versucht das BKartA in seinem Tätigkeitsbericht von 1965 zu begründen, daß Wettbewerbsregeln auch den Zweck haben, den "Wettbewerb in jeglicher Weise zu schützen und zu fördern" und daß sie auch "als Instrument zur Unterstützung strukturpolitischer Zielfunktionen der Wirtschaftspolitik" dienen können [141], wenn es ausführt, daß "die Vorschriften der §§ 28 ff. GWB ... wie alle Vorschriften des GWB der Sicherung des Wettbewerbs als dem grundlegenden Prinzip der sozialen Marktwirtschaft" dienen. "Da das GWB durch den Schutz und die Förderung des lauteren Wettbewerbs nicht nur die Lauterkeit im Geschäftsverkehr, sondern vor allem auch die Leistungsgerechtigkeit im Wettbewerb schützen und fördern soll, sind Wettbewerbsregeln auch insoweit zulässig und eintragungsfähig, als durch sie der Leistungswettbewerb geschützt und gefördert wird". Es sei zu bedenken, daß die Bestimmungen

138) So aber der BKartA TB 1965 15 und die Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des BKartA von 1965 auf S. 3;

139) BGH Urt. v. 15. 7. 1966 "Bauindustrie" WuW/E BGH 767 ff., 776; Überflüssig war das "obiter dictum", weil es für die Entscheidung nicht darauf ankam. Ihm ist allenfalls präventive Funktion beizumessen.

140) So LIEBERKNECHT, Festschrift für Möhring, S. 70;

141) BKartA TB 1965, 14;

der §§ 28 ff. GWB "in engem Zusammenhang mit der Entscheidung des Gesetzgebers stehen, den Wettbewerb in jeglicher Weise zu schützen und zu fördern". Dies bedeute auch den Schutz der wettbewerblichen Struktur durch Herstellung und Sicherung der Leistungsgerechtigkeit. [142)]

Der Ansicht des BKartA ist zwar im Ergebnis zuzustimmen. Die Argumentation reicht jedoch zur Begründung dieses Ergebnisses nicht aus. Ansatzpunkt der Kritik ist der bereits einmal in anderem Zusammenhang gerügte Fehler, von einem komplexen Gesetzeszweck unmittelbar auf den Inhalt von Einzelvorschriften zu schließen. Ist es auch richtig, daß alle Vorschriften des GWB der Verwirklichung des Leistungsprinzips im Wettbewerb dienen sollen, so besagt dies noch nichts darüber, in welchem Umfang und mit welchen Mitteln eine einzelne Vorschrift der Verwirklichung des komplexen Gesetzeszweckes dient und dienen soll. Selbst wenn Wettbewerbsregeln nur unlauteren Wettbewerb verhindern sollten und es nur die 1. Alternative in § 28 II GWB gäbe, stünden die §§ 28 ff. GWB mit dem komplexen Gesetzeszweck des GWB in Einklang, denn auch die Verhinderung unlauteren Wettbewerbs dient der Verwirklichung des Leistungsprinzips und der Herstellung der Leistungsgerechtigkeit im Wettbewerb. Ebensowenig wie aus der Tatsache, daß § 1 GWB den Leistungswettbewerb fördern soll, geschlossen werden kann, daß er auch der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs dient, kann aus dem Zweck des GWB auf den konkreten Inhalt der §§ 28 ff. GWB geschlossen werden. Für die Auslegung der §§ 28 ff. GWB kann der Zweck des GWB nur insoweit herangezogen werden, als er bestimmte Schranken setzt: Soweit durch eine bestimmte Auslegung einer Vorschrift des GWB das Leistungsprinzip verletzt würde, erfordert der Zweck des GWB eine restriktive Auslegung. Aus dem Gesetzeszweck des GWB, den Wettbewerb in jeglicher Weise zu schützen und zu fördern, läßt sich für die Auslegung der §§ 28 ff. GWB negativ nur soviel entnehmen, daß Wettbewerbsregeln dann nicht zulässig sind, wenn sie diesem Gesetzeszweck zuwiderlaufen. Positiv läßt sich dagegen nicht sagen, daß alle Wettbewerbsregeln schon dann und deshalb zulässig sind, weil sie der Verwirklichung des allgemeinen Gesetzeszwecks des GWB dienen.

Aus dem Zweck des GWB folgt für die Auslegung von § 28 II 2 GWB nur, daß Förderungsregeln, die den Wettbewerb unter Verletzung des Leistungsprinzips fördern und die eine Übersteigerung des Wettbewerbs herbeizuführen geeignet sind, nicht eingetragen werden können. Dem ist jedoch bereits durch den Wortlaut von § 28 II 2 GWB Rechnung getragen, wenn es dort heißt, daß das anzuregende Verhalten den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechen muß.

---

142) BKartA TB 1965, 14;

b. Verhältnis von § 31 I GWB zu § 28 II GWB

Nach § 31 I GWB kann die Kartellbehörde den Antrag auf Eintragung einer Wettbewerbsregel ablehnen, wenn eine Wettbewerbsregel oder eine Vereinbarung über die Einhaltung einer Wettbewerbsregel Bestimmungen des GWB, UWG, RabG und der ZugabeVO verletzt.

1. Lauterkeitsregeln

Die Auslegung dieser Bestimmung bereitet viele Schwierigkeiten, wenn man nach § 28 II GWB nur Wettbewerbsregeln zur Förderung der Lauterkeit im Wettbewerb zuläßt.
Sinnvoll ist der Hinweis auf die vom GWB gesetzten Schranken; denn Wettbewerbsregeln zum Schutz und zur Förderung der Lauterkeit schränken die durch das GWB geschützte Wettbewerbsfreiheit ein. Dem Interesse an der Einschränkung des Wettbewerbs zum Schutze und zur Förderung der Lauterkeit im Wettbewerb steht das vom GWB geschützte Interesse an der Erhaltung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit gegenüber.
Welchen Sinn haben aber die in § 31 I GWB aufgeführten Schranken des UWG und seiner Nebengesetze ? Ist es denkbar, daß Wettbewerbsregeln zum Schutze und zur Förderung der Lauterkeit gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs verstoßen, d. h. können Wettbewerbsregeln die Lauterkeit durch Anregung zu unlauterem Verhalten schützen und fördern ?

1.1. Zu weite Auslegung des UWG durch Wettbewerbsregeln

Da man erkannte, daß Wettbewerbsregeln, die der Lauterkeit im Wettbewerb dienen sollen, nicht mit dem UWG und seinen Nebengesetzen in Konflikt geraten können [143], unterstellte man § 31 I GWB folgenden Sinn: Gemeint sei, daß eine Wettbewerbsregel nichts als unlauter bezeichnen dürfe, was vom UWG oder seinen Nebengesetzen ausdrücklich zugelassen ist. [144] Es stehe mit dem im RabG zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers in Widerspruch, wenn eine Landesapothekerkammer 3 % Barrabatt für apothekenpflichtige Waren für standeswidrig und unlauter nach § 1 UWG hält. [145]

143) FRANZEN, WuW 1957, 750;
144) FRANZEN, WuW 1957, 751;
145) LG Stuttgart BB 1962, 978; OLG Stuttgart WuW/E/OLG 545 ff., 553; TETZNER, NJW 1962, 1091;
Diese Ansicht verkennt, daß das RabG nur Barrabatte von mehr als 3 % untersagen will, nicht aber gleichzeitig alle Rabatte bis zu 3 % als zulässig normiert.

Da aber eine Wettbewerbsregel, die den Unlauterkeitsbereich zu weit ausdehnt, nicht gegen das UWG und seine Nebengesetze verstößt, sondern gegen das GWB und die von ihm geschützte Wettbewerbsfreiheit [146], kommt FRANZEN zu dem Schluß, daß § 31 I GWB "unlogisch" sei. [147]

1.2. Zu enge Bestimmung des Unlauterkeitsbereiches

Der Hinweis auf das UWG und seine Nebengesetze in § 31 I GWB wird für den Fall als sinnvoll angesehen, daß eine Wettbewerbsregel den Verbotsbereich des UWG oder seiner Nebengesetze zu eng begrenzt und damit zu viel erlaubt, z.B. wenn eine Wettbewerbsregel Rabatte von mehr als 5 % verbietet und damit den Schluß zuläßt, Rabatte zwischen 3 - 5 % seien zulässig. [148]
Diese Möglichkeit der Auslegung von § 31 I GWB erscheint als sehr unrealistisch. Es dürfte kaum die Gefahr bestehen, daß Wirtschafts- und Berufsverbände den Anwendungsbereich für Wettbewerbsregeln zu eng begrenzen und damit bei den Verbandsmitgliedern den Irrtum hervorrufen, alles, was in Wettbewerbsregeln nicht verboten ist, sei erlaubt.

2. Wettbewerbsförderungsregeln

Eine ungezwungene Auslegung von § 31 I GWB ergibt sich, wenn man nach § 28 II 2 GWB Wettbewerbsregeln zur Förderung des Wettbewerbs für zulässig hält. Während die Regeln zum Schutze und zur Förderung der Lauterkeit im Wettbewerb in der vom GWB geschützten Wettbewerbsfreiheit ihre Schranke finden, begrenzen die Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts die Regeln zur Förderung des Wettbewerbs. Der Wettbewerb soll nicht um jeden Preis gefördert werden, sondern nur insoweit, als er sich im Rahmen der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs hält. Das bringt auch schon § 28 II 2 GWB zum Ausdruck; denn nach § 28 II 2 GWB dürfen Wettbewerbsregeln nur zu einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechenden Verhalten anregen.

Die Zweiteilung von § 28 II GWB in Lauterkeitsregeln und Förderungsregeln findet also ihre Entsprechung in § 31 I GWB. Eine sinnvolle und ungezwungene Auslegung von § 31 I GWB ist nur möglich, wenn man von der Zulässigkeit von Lauterkeitsregeln (§ 28 II 1 GWB) und Wettbewerbsförderungsregeln (§ 28 II 2 GWB) ausgeht.

146) FRANZEN, GemK. 2. Aufl. § 28 Anm. 40; KELLERMANN, WuW 1965, 554;
147) FRANZEN, aaO;
148) FRANZEN, WuW 1957, 751;

c. Bedeutung der Lauterkeitsregeln neben den Förderungsregeln

Die Lauterkeitsregeln nach § 28 II 1 GWB haben den Zweck, unlauterem Wettbewerb entgegenzuwirken. Dabei genügt, wie festgestellt wurde, ein mittelbarer Lauterkeitsbezug, d. h. Lauterkeitsregeln brauchen sich nicht darauf zu beschränken, die Verbote des Rechts des unlauteren Wettbewerbs zu wiederholen (unmittelbarer Lauterkeitsbezug). Vielmehr dürfen sie auch Beschränkungen im Bereich des lauteren Wettbewerbs vornehmen, wenn diese den Zweck verfolgen, unlauteren Wettbewerb zu bekämpfen. § 28 II 1 GWB bezeichnet nur den Zweck von Wettbewerbsregeln; geregeltes und angestrebtes Verhalten müssen aber nicht identisch sein. [149]

Lauterkeitsregeln zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs können Verbote und Gebote aufstellen.

Die Verbote können sich unmittelbar gegen unlauteren Wettbewerb richten (unmittelbarer Lauterkeitsbezug).

Sie können weiterhin Wettbewerbshandlungen mit fallender Tendenz, die sich im Vorfeld der Unlauterkeit befinden, untersagen (mittelbarer Lauterkeitsbezug).

Lauterkeitsregeln können aber auch als Gebote gefaßt sein, deren Verletzung unlauteren Wettbewerb darstellt, z. B. die Respektierung lückenloser Preisbindungen fordern; die Gebote können auch nur mittelbar wettbewerbsrechtlich relevant sein, so daß ihre Verletzung unmittelbar keinen unlauteren Wettbewerb darstellt, z. B. die Pflicht zur (Vor-) Kalkulation und ordnungsgemäßen kaufmännischen Betriebsführung oder die Pflicht zur Hinterlegung von Preislisten, wenn das geeignet ist, unlauterem Wettbewerb entgegenzuwirken.

Versucht man den beschriebenen Anwendungsbereich von Lauterkeitsregeln nach § 28 II 1 GWB von dem Anwendungsbereich von Wettbewerbsregeln zur Förderung der Lauterkeit abzugrenzen, so stellt man fest, daß beide Anwendungsbereiche identisch sind; was die Unlauterkeit verhindert, ist inhaltlich zugleich auf die Förderung der Lauterkeit gerichtet und umgekehrt; § 28 II 2 GWB wäre also überflüssig. [150]

Die Ansicht, daß § 28 II 1 und § 28 II 2 GWB inhaltlich identisch sind, wird auch tatsächlich von WALDE vertreten. In den beiden Alternativen von § 28 II GWB sei das gleiche Ziel in negativer und positiver Form umschrieben. [151]

---

149) LIEBERKNECHT, Festschrift für Möhring, S. 69;
150) LIEBERKNECHT, Festschrift für Möhring, S. 70;
151) WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 103;

Eine sinngemäße Interpretation der beiden Alternativen von § 28 II GWB zeige, daß ihr Sinngehalt gleich ist, da nicht nur das Entgegenwirken gegen etwas Verbotenes zugleich bedinge, daß ein erlaubtes Tun erreicht werden soll, sondern umgekehrt auch "das Anregen erlaubten, zulässigen, lauteren Handelns das Verdikt gegen unlauteres, unzulässiges, unerlaubtes Handeln in sich" trage. [152] Dem Entgegenwirken gegen unlauteren Wettbewerb und dem Anregen lauteren Wettbewerbs liege die "Förderung und Beachtung der Grundsätze lauteren Wettbewerbs durch die Wettbewerber" folglich als einheitliches Ziel zugrunde. [153] Aus unausgegorenen und in der Eile geborenen Gesetzesformulierungen dürfe man nicht voreilig die erwünschten Schlüsse ziehen; bei der Fassung von § 28 II GWB dürfe nicht übersehen werden, daß "in der Eile ... etwas Einheitliches mit einer Tautologie in negativer und positiver Form ausgedrückt" wurde. [154]

Der Ansicht WALDEs, daß es sich bei den beiden Alternativen von § 28 II GWB um eine Tautologie handle, kann nicht zugestimmt werden. Das Entgegenwirken gegen etwas Verbotenes bedingt nicht zugleich, daß erlaubtes Tun erreicht werden soll. Durch das Verbot unerlaubten Wettbewerbs soll nicht erlaubter Wettbewerb angeregt werden, sondern nur die "Erlaubtheit" des Wettbewerbs. Insbesondere trägt umgekehrt das Anregen erlaubten Wettbewerbs keineswegs das Verdikt gegen unlauteren Wettbewerb in sich. Wettbewerbsregeln, die geeignet sind, den Preis- oder Qualitätswettbewerb anzuregen und zu fordern und den (lauteren) Nebenleistungswettbewerb einzuschränken, tragen nicht zugleich das Verdikt gegen unlauteren Wettbewerb in sich. Auch das Argument, daß der komplizierte Wortlaut von § 28 II 2 GWB in Eile geboren und unausgegoren sei, rechtfertigt noch nicht die Annahme, daß in § 28 II GWB etwas Einheitliches mit einer Tautologie in negativer und positiver Form ausgedrückt wurde. [155] Das zeigen die gesetzgeberischen Motive.

III. Die gesetzgeberischen Motive

a. § 28 II 2 GWB hatte verschiedene Formulierungen erfahren, bevor er in der jetzigen Fassung Gesetz wurde. Die Motive zeigen zwar, daß die Eile des Gesetzgebers für den kaum verständlichen Wortlaut von § 28 II 2 GWB ursächlich war. Sie zeigen aber ebenso deutlich, daß die auf den ersten Blick tautologisch

152) WALDE, aaO S. 112;
153) WALDE, aaO, S. 112;
154) WALDE, aaO S. 111 f.;
155) So auch SCHEEL, Wettbewerbsregeln, S. 85;

erscheinende Alternativen von § 28 II GWB gerade nicht das gleiche Ziel tautologisch in negativer und positiver Form umschreiben sollten. Besonders die Tatsache, daß die Formulierung von § 28 II 2 GWB dem Gesetzgeber erhebliche Schwierigkeiten bereitete und daß § 28 II 2 GWB mehrere Veränderungen des Wortlauts erfuhr, ohne daß damit inhaltliche Änderungen beabsichtigt waren, spricht dagegen, daß mit § 28 II 2 GWB inhaltlich nur das wiederholt werden sollte, was in § 28 II 1 GWB bereits in relativ klaren Worten formuliert war. Die gesetzgeberischen Motive im konkreten Fall bestätigen den allgemeinen Grundsatz, daß in der Regel nicht davon ausgegangen werden darf, daß der Regelungsbereich von zwei verschiedenen Vorschriften identisch ist. Die Annahme einer inhaltlichen Identität verschiedener Vorschriften bedarf einer besonderen Begründung. Eine solche wurde aber für die Annahme einer Tautologie der beiden Alternativen von § 28 II GWB bisher nicht erbracht.
In Übereinstimmung mit dem Ergebnis der Auslegung des Wortlautes von § 28 II GWB muß daher davon ausgegangen werden, daß sich die Förderungsregeln von den Lauterkeitsregeln unterscheiden. Der Unterschied liegt jedoch nicht darin, daß § 28 II 1 GWB einen unmittelbaren Lauterkeitsbezug erfordert [156], während sich § 28 II 2 GWB mit einem mittelbaren Lauterkeitsbezug begnügt. § 28 II 1 GWB erlaubt alle Wettbewerbsregeln, die dem Zweck dienen, unlauterem Wettbewerb entgegenzuwirken. Dazu gehört auch die Förderung der Lauterkeit im Wettbewerb. Ein selbständiger Anwendungsbereich bleibt den Förderungsregeln nach § 28 II 2 GWB daher nur, wenn sie den Zweck haben, den Wettbewerb anzuregen, soweit dieser lauter ist.

b. Die Zweiteilung der Wettbewerbsregeln in Regeln zum Schutz und zur Förderung der Lauterkeit im Wettbewerb und Regeln zur Förderung des Wettbewerbs findet sich bei den amerikanischen Fair Trade Practice Rules, denen die Vorschriften der §§ 28 ff. GWB nachgebildet worden sind. [157]

c. Die heutige Formulierung von § 28 II 2 GWB geht auf einen Vorschlag von Franz BÖHM zurück, in dem er den Begriff des "lauteren Leistungswettbewerbs" verwendete, um "Tendenzen zur Verfeinerung der Rechtsprechung in Wettbewerbsfragen, die sich neuerdings abzeichnen, zu verstärken", nachdem bisher bei der Auslegung des Begriffs der guten Sitten Sinn und Ordnungsgedanken des Wettbewerbs vielfach zu wenig berücksichtigt worden waren. [158] Der Begriff des Leistungswettbewerbs wurde fallengelassen und durch den Begriff "Wettbewerb"

156) EWALD, WRP 1967, 379; WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 113;
157) Vgl. LIEBERKNECHT, Festschrift für Möhring, S. 70 ff.;
158) WiPolA Prot. 175, S. 3 f., 5;

ersetzt, da der Begriff des "Leistungswettbewerbs" noch zu wenig geklärt sei. [159] Aus dem Begriff "lauterer Leistungswettbewerb" entstand so in § 28 II 2 GWB das Tatbestandsmerkmal "ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Verhalten im Wettbewerb."

d. Bei den Beratungen im Wirtschaftspolitischen Ausschuß herrschte Übereinstimmung, daß sich Wettbewerbsregeln nicht nur gegen unlauteren Wettbewerb richten dürfen, sondern daß sie auch bestimmte Werbemethoden, Zugaben und den Nebenleistungswettbewerb einschränken dürfen. [160]

e. Der schriftliche Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses faßt das Ergebnis der Beratungen zum zulässigen Inhalt von Wettbewerbsregeln dahingehend zusammen, daß es "eine sehr wertvolle Hilfe nach der positiven Seite bedeutet, wenn die Vorschriften gegen die Beschränkung des Wettbewerbs durch Vorschriften über Wettbewerbsregeln ergänzt werden, die jeweils in einem konkreten Wirtschaftszweig eine positive Handhabe für die Ausschließung eines unlauteren Verhaltens im Wettbewerb und insbesondere auch für die Förderung und Anregung des Leistungswettbewerbs geben". [161]
Diese Stelle aus dem Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses unterscheidet deutlich - wie hier vorgeschlagen - zwischen Regeln, die unlauteres Verhalten im Wettbewerb ausschließen sollen (Lauterkeitsregeln) und Regeln, die den Leistungswettbewerb anregen und fördern sollen (Förderungsregeln, oder genauer: Wettbewerbsförderungsregeln). [162]
Diese Ausführungen im Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses widersprechen eindeutig der Annahme einer inhaltlichen Identität von § 28 II 1 und § 28 II 2 GWB. [163]
Der Zweck von § 28 II 2 GWB, wie er sich aus den Motiven ergibt, den Leistungswettbewerb anzuregen und zu fördern, fordert keine Lauterkeitsbezogenheit von Wettbewerbsförderungsregeln.
Selbst wenn man den Begriff "Leistungswettbewerb" nicht wirtschafts- und ordnungspolitisch versteht, wie es im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum der

---

159) Prot. 178, S. 8; KELLERMANN, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 76, Fußnote 68;

160) WiPolA Prot. 171 S. 3; vgl. auch Prot. 170 S. 11;

161) Ber. WiPolA Abschn. V Vorb. zu § 26 a Entw. GWB, GemK. 1. Aufl. S. 1195;

162) Vgl. BKartA TB 1965, 14 f.; 1966, 11; KELLERMANN, aaO, S. 64 f., 76; MÜLLER/GIESSLER, GWB, § 28 Anm. 5;

163) a. A. WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 103, 111 ff.; BENISCH, Kartellrechtliche Grundlagen der Gegengewichtsbildung, S. 83 f.;

Fall ist und wie man ihn auch bei der Schaffung des GWB verwendete [164], sondern im Leistungswettbewerb nur ein Kriterium für die Ermittlung des Unrechtsgehalts einer Wettbewerbshandlung sieht [165], dem Leistungsprinzip nur indizielle Bedeutung für die Bewertung eines wettbewerblichen Verhaltens zubilligt [166], so ist doch die Anregung und Förderung des Leistungswettbewerbs niemals identisch mit der Förderung der Lauterkeit; Wettbewerbsregeln, die den Leistungswettbewerb anregen sollen, müssen nicht lauterkeitsbezogen sein. Denn "Anregung des Leistungswettbewerbs" heißt nichts anderes als "Anregung eines dem Leistungsprinzip entsprechenden Wettbewerbs". Angeregt werden soll der Wettbewerb, soweit es sich um Leistungswettbewerb handelt, nicht dagegen das Leistungsprinzip. Auch wenn es richtig ist, daß "lauterer Wettbewerb" und "Leistungswettbewerb" übereinstimmen [167], oder daß der Begriff des "Leistungswettbewerbs" in dem des "lauteren Wettbewerbs" i. S. v. § 28 II GWB enthalten ist und von diesem umfaßt wird [168], und daß das, was den Leistungswettbewerb fördert, im allgemeinen auch den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entspricht [169], so erfordert das noch keine Lauterkeitsbezogenheit von Wettbewerbsregeln, die den Leistungswettbewerb anregen sollen; denn auch die Förderung des lauteren Wettbewerbs ist etwas anderes als die Förderung der Lauterkeit des Wettbewerbs, was häufig übersehen wird. Die Förderung der Lauterkeit wird zwar regelmäßig auch den lauteren Wettbewerb fördern; nicht aber fördert jede Anregung des lauteren Wettbewerbs zugleich die Lauterkeit. Die Einschränkung (noch) lauteren Nebenleistungswettbewerbs fördert zwar den lauteren Wettbewerb, nicht aber zugleich die Lauterkeit.
Erst mittels einer durch nichts zu rechtfertigenden Abwandlung und Einschränkung der Motive zu § 28 II 2 GWB, die im schriftlichen Bericht des Wirtschafts-

---

164) Vgl. Franz BÖHM Wettbewerb und Monopolkampf, S. 212; ders. Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 27; BENISCH, Schutz des Leistungswettbewerbs, 1966, S. 17 ff.; EUCKEN, Wirtschaftspolitik, 1952, S. 247; OHM, Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen;

165) RGZ 134 342 ff.; BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG 69 ff.; FIKENTSCHER, Rechtsschutz S. 113 ff., 115 f.; NIPPERDEY, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 16; WALDE, aaO, 123 ff.; vgl. SCHEEL, Wettbewerbsregeln, S. 67 ff.;

166) BKartA WuW E BKartA 595; BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. § 28 10;

167) BKartA TB 1960 58; WuW E BKartA 310; KELLERMANN, aaO S. 64;

168) BKartA WuW E BKartA 813 ff. 815; Kooperationsfibel WuW/E BWM 133 f.; RASCH-WESTRICK, GWB 3. Aufl. §§ 28 ff. Anm. 10;

169) BKartA WuW/E/BKartA 586, 591; TB 1963, 53;

politischen Ausschusses niedergelegt sind und die ihre Stütze im Wortlaut, im Sinn und Zweck und in der Entstehungsgeschichte von § 28 II 2 GWB finden, wurde die Lauterkeitsbezogenheit der Förderungsregeln begründet. So sah das BKartA nur die Verhinderung unlauteren Wettbewerbs als Förderung des Leistungswettbewerbs an. [170] An anderer Stelle ist nicht mehr von der Förderung und Anregung des Leistungswettbewerbs die Rede, sondern vom Schutze des Leistungswettbewerbs. [171] Und auch nur solche Wettbewerbsregeln zum Schutze des Leistungswettbewerbs wurden als zulässig angesehen, die die Lauterkeit fördern. [172]

Sieht man in jeder Verletzung des Leistungsprinzips einen Sittenverstoß, so kann die Sicherung der Leistungsgerechtigkeit und die Förderung des Leistungsprinzips auch eine Förderung der Lauterkeit bedeuten. [173] Die Motive sprechen aber nicht von der Förderung des Leistungsprinzips und der Leistungsgerechtigkeit, sondern von der Förderung und Anregung des Leistungswettbewerbs, d. h. des Wettbewerbs, der auf dem Leistungsprinzip aufbaut.

Es ist deshalb nicht richtig die Förderung des Leistungswettbewerbs mit der Förderung der Lauterkeit gleichzusetzen. [174]

Auch die Motive stützen also das aus dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck von § 28 II 2 GWB gewonnene Ergebnis, daß die Förderungsregeln den Zweck haben, den Wettbewerb zu fördern [175], soweit sich dieser in den Grenzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts hält. Die Förderungsregeln müssen also nicht lauterkeitsbezogen sein.

Eine Änderung von § 28 GWB, die vorgeschlagen wurde, damit Wettbewerbsregeln über den Lauterkeitsschutz hinausreichen und Vereinbarungen zum Schutze des Leistungswettbewerbs ermöglichen, insbesondere Vereinbarungen eines Diskriminierungsverbotes, ist bei der hier vorgeschlagenen Auslegung von § 28 II 2 GWB nicht erforderlich [176], und wegen der vielfältigen Deutungen des Begriffs "Leistungswettbewerb" unzweckmäßig. Besser wäre eine Neufassung von § 28 II 2 GWB dahingehend, daß Wettbewerbsregeln auch "den Wettbewerb und seine Funktionen schützen und fördern" dürfen.

---

170) BKartA WuW/E/BKartA 612;

171) BKartA, aaO, 721, 766;

172) BKartA TB 1959, 50 ff.;

173) BKartA TB 1960, 12, 56; WuW/E/BKartA 304;

174) So aber WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 125; wohl auch SCHEEL, aaO, S. 67 ff.;

175) Dieses Ergebnis allein aus den Motiven zu begründen, wie es OEHLER, Wettbewerbsregeln, S. 59 f. tut, dürfte nicht ausreichen;

176) a. A. SÖLTER, Festschrift für Metzner, 1963, S. 207 f.; SAUTER, Zehn Jahre Kartellgesetz, BB 1968, 1169 ff., 1172;

C. ABGRENZUNG DER LAUTERKEITSREGELN VON DEN WETTBEWERBSFÖRDERUNGSREGELN

Die Anregung und Förderung des lauteren Wettbewerbs kann in dem Verhindern von unlauterem Wettbewerb und in der Förderung der Lauterkeit des Wettbewerbs bestehen. Dennoch unterscheiden sich die Wettbewerbsförderungsregeln von den Lauterkeits(förderungs)regeln in zweifacher Hinsicht:

I. Einerseits sind die Wettbewerbsförderungsregeln enger als die Lauterkeitsregeln. So fördert nicht jede Maßnahme, die der Lauterkeit im Wettbewerb dient, den Wettbewerb. Untersagt eine Lauterkeitsregel - vorausgesetzt, eine solche würde eingetragen werden - die Durchbrechung von lückenlosen Preisbindungen, so schränkt dies den Wettbewerb ein und regt ihn nicht an. § 1 UWG dient hier dem Schutze von gesetzlich zugelassenen Wettbewerbsbeschränkungen. Eine Lauterkeitsregel, die Preisbindungen schützt, dient dem Ausschluß des Preiswettbewerbs bei preisgebundenen Waren. Aufgabe einer Wettbewerbsförderungsregel würde es dagegen gerade sein, den Preiswettbewerb anzuregen.
Die hier auftretende Kollision zwischen Wettbewerbsförderungsregeln und Lauterkeitsregeln, die nicht nur den Hauptleistungswettbewerb anregen, sondern auch beschränken können, löst das Gesetz damit, daß es nur die Förderung lauteren Wettbewerbs zuläßt. Wettbewerbsförderungsregeln dürfen den Wettbewerb nicht um jeden Preis, also nicht auch durch Unlauterkeit fördern. [177]

II. Die Wettbewerbsförderungsregeln reichen andererseits weiter als die Lauterkeitsregeln. Der Preis- und Qualitätswettbewerb, der Leistungswettbewerb kann nicht nur durch die Verhinderung unlauteren Verhaltens im Wettbewerb angeregt und gefördert werden.
So ist z. B. nicht jede Form des Nebenleistungswettbewerbs unlauter oder tendenziell unlauter. Nicht alle Zugaben, aufwendiger Service, Rabatte, soweit sie nach der Zugabe VO oder dem RabG zulässig sind, sind unlauter oder haben die Tendenz zur Unlauterkeit. Dennoch haben sie den Zweck, vom Hauptleistungswettbewerb in den Formen des Preis- und Qualitätswettbewerbs auf den Nebenleistungswettbewerb abzulenken. Diesen "wettbewerbsverfälschenden Wettbewerb mit Nebenleistungen" zu beschränken, sollte nach übereinstimmender Auffassung des Wirtschaftspolitischen Ausschusses mit Hilfe der Wettbewerbsförderungsregeln ermöglicht werden. [178]

---

177) Vgl. DROSTE, Den Wettbewerb durch Unlauterkeit fördern ? WRP 1964, 300;

178) WiPola Prot. 171, 3;

Ebenso ist es mit dem lauteren Nichtleistungswettbewerb, insbesondere der Werbung.[179] Wettbewerbsregeln sollten auch die wettbewerbsverfälschende Suggestivreklame schwächen.[180] Die Werbung kann zwar den Wettbewerb fördern, soweit sie den Verbraucher über neue Güter, Qualitätsverbesserungen, Fortschritte der Technik und über Preisvorteile sachlich informiert. Der vergleichenden sachlichen und wahren Werbung sind allerdings durch die Rechtsprechung des BGH enge Grenzen gesetzt. Sobald die Werbung aber in "Werbeschlachten" ausartet - man denke an die Werbung der Waschmittelindustrie im Fernsehen -, entfällt der wettbewerbsfördernde Charakter solchen Werbewettbewerbs, wie er der Konzeption des GWB entspricht. Er hat nur noch geschäftsfördernde Zwecke, die aber dem institutionellen Zweck des Wettbewerbs zuwiderlaufen können, ohne daß ein solcher Werbewettbewerb bereits deshalb unlauter ist. Gegen Übersteigerungsformen noch lauteren Wettbewerbs kann nur mit Wettbewerbsförderungsregeln vorgegangen werden, da sich diese Werbung meist auch noch nicht "im Vorfeld" der Unlauterkeit nach heutigem Verständnis befindet.
Die Wettbewerbsförderungsregeln sollen also den vom GWB gewünschten, lauteren Hauptleistungswettbewerb fördern. Dabei kann die Förderung des Wettbewerbs durch eine Förderung der Lauterkeit erfolgen. In diesem Bereich decken sich die Lauterkeits- und Wettbewerbsförderungsregeln inhaltlich. Der Zweck der Wettbewerbsförderungsregeln ist aber auch dann nicht die Förderung der Lauterkeit, sondern die Förderung der Lauterkeit ist nur Mittel zur Erreichung des eigentlichen Zwecks: Förderung des Wettbewerbs.

---

179) Manche behaupten, auch die Werbung sei eine Form des Leistungswettbewerbs; so BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 71;

180) Vgl. FRANZEN, GemK. 2. Aufl. § 28 Anm. 19;

T E I L III

DIE GRUNDSÄTZE DES LAUTEREN WETTBEWERBS

KAPITEL 1:
Die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs bestimmen den Inhalt und die Grenzen der Wettbewerbsregeln

Nur die Lauterkeitsregeln nach § 28 II 1 GWB müssen lauterkeitsbezogen sein, nicht dagegen die Wettbewerbsförderungsregeln nach § 28 II 2 GWB.
Das könnte zu der Ansicht verleiten, daß es für die Bestimmung des zulässigen Inhalts von Wettbewerbsregeln auf die Auslegung des Begriffs "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" nicht ankomme, da Wettbewerbsregeln eben nicht nur der Verwirklichung der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs zu dienen haben, sondern darüber hinaus jeglichen wirtschaftspolitisch und strukturpolitisch wünschenswerten Wettbewerb fördern dürfen.
Der Vergleich der Anwendungsbereiche für Lauterkeitsregeln und für Wettbewerbsförderungsregeln hat aber gezeigt, daß die Wettbewerbsförderungsregeln nicht als die weiterreichenden auch den Anwendungsbereich für Lauterkeitsregeln mitumfassen; Einerseits schränken die Lauterkeitsregeln den Wettbewerb zur Durchsetzung der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs ein; andererseits haben die Wettbewerbsförderungsregeln den Zweck, den Wettbewerb anzuregen.

Dieses antinomische Spannungsverhältnis von Lauterkeitsregeln und Wettbewerbsförderungsregeln findet seine Auflösung in den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs".
Die Lauterkeitsregeln dürfen den Wettbewerb nur insoweit einschränken, als es der Verwirklichung der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs dient. Sie empfangen aus den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs unmittelbar Ziel und Inhalt.
Andererseits dürfen die Wettbewerbsförderungsregeln den Wettbewerb nicht um jeden Preis anregen und fördern. Nur der Wettbewerb, der sich in den durch die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs gesetzten Grenzen hält, darf gefördert werden. Durch Anregung zu unlauterem Verhalten dürfen Wettbewerbsförderungsregeln den Wettbewerb nicht fördern. Die Förderung des Preis- und Qualitätswettbewerbs findet ihre Grenzen an den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs.
Insofern bestimmen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs die Grenzen der Wettbewerbsförderungsregeln und damit mittelbar auch deren Anwendungsbereich.
Von der Auslegung des Begriffs "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" hängt es daher ab, inwieweit einerseits die Lauterkeitsregeln den Wettbewerb zur Ver-

hinderung unlauteren Wettbewerbs und zur Förderung der Lauterkeit im Wettbewerb einschränken dürfen und in welchem Umfange andererseits die Wettbewerbsförderungsregeln den Wettbewerb fördern und anregen dürfen.

Bestimmt man den Bereich der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs sehr eng, so dürfen durch Lauterkeitsregeln nur wenige Formen des Wettbewerbs eingeschränkt werden, wohingegen den Wettbewerbsförderungsregeln nur sehr wenige Schranken gesetzt sind.

Geht man dagegen von einem sehr weiten Begriff der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs aus, so dürfen Lauterkeitsregeln die Wettbewerbsfreiheit in größerem Ausmaße beschränken, während den Wettbewerbsförderungsregeln engere Schranken gesetzt sind.

Als Beispiel soll die vergleichende Werbung dienen:

a. Sieht man die wahre und sachliche preisvergleichende Werbung mit der Rechtsprechung des RG [1] und des BGH [2] als mit den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs unvereinbar an, so darf in Lauterkeitsregeln den unlauteren Formen vergleichender Werbung entgegengewirkt werden. Dementsprechend dürfen Wettbewerbsförderungsregeln wegen der durch die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs gesetzten Schranken nicht zur Verbesserung der wettbewerbsfördernden Markttransparenz vergleichende sachliche und wahre Werbung anregen.

b. Geht man andererseits mit dem BKartA [3] davon aus, daß die wahre und sachliche vergleichende Werbung den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entspricht, so darf sie nicht durch Lauterkeitsregeln unterbunden werden. Vielmehr darf umgekehrt durch Wettbewerbsförderungsregeln durch Anregung zur vergleichenden Werbung auf eine Verbesserung der Markttransparenz hingewirkt werden.

Dieses Beispiel zeigt deutlich,

1. daß durch die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs eine Kollision zwischen Lauterkeitsregeln und Wettbewerbsförderungsregeln ausgeschlossen ist, und

2. daß sowohl der Umfang des Anwendungsbereichs der Lauterkeitsregeln als auch der der Wettbewerbsförderungsregeln von der genauen Bestimmung des Inhalts der "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" abhängt.

---

1) RG GRUR 1931, 1299 "Hellegold";
2) BGH WRP 1959, 269; GRUR 1962, 45;
3) BKartA WuW/E/BKartA 609 ff.;

KAPITEL 2:
Die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" als anerkannter Rechtsbegriff des allgemeinen Wettbewerbsrechts

I. Das GWB definiert den Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" nicht.

In seiner Beschlußpraxis [4] betont das BKartA immer wieder, daß es sich bei dem Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" um einen anerkannten Rechtsbegriff des allgemeinen Wettbewerbsrechts handle. Das ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der §§ 28 ff. GWB und lasse sich aus dem Wortlaut von § 31 I GWB entnehmen. [5]

II. Ohne klargestellt zu haben, wann Wettbewerbshandlungen als lauter oder als unlauter anzusehen sind, läßt sich bereits hier sagen, daß es einen Rechtsbegriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" oder auch "Lauterkeit" im allgemeinen Wettbewerbsrecht nicht gibt. Dieses bestimmt nicht positiv, welche Formen des Wettbewerbs als lauter anzusehen sind, sondern sagt vielmehr nur negativ, welches Wettbewerbsverhalten verboten und unlauter ist.
Nur wenn durch den Umfang und durch die Grenzen des unlauteren Wettbewerbs gleichzeitig auch die Grenzen des lauteren Wettbewerbs bestimmt werden, ist es möglich, vom unlauteren Wettbewerb, wie ihn das allgemeine Wettbewerbsrecht versteht, unmittelbar auf die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" zu schließen.
Es kommt daher darauf an, ob jedes Verhalten im Wettbewerb, das nach allgemeinem Wettbewerbsrecht nicht unlauter ist, den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entspricht, oder ob es zwischen dem Bereich des lauteren Wettbewerbs und des unlauteren Wettbewerbs einen Zwischenbereich des unanständigen, unseriösen, unfeinen, standeswidrigen Wettbewerbs gibt, der zwar nicht mehr den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entspricht, der aber auch noch nicht als unlauter verboten ist. Gibt es Wettbewerbshandlungen, die zwar nicht verboten sind, die aber auch nicht den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs entsprechen ? [6]
Damit ist das Problem der "grauen Zone" angesprochen.

---

4) Vgl. BKartA TB 1959, 50; WuW/E/BKartA 96 ff., 98; 301 ff., 304; 589; 612; 808;
5) BKartA TB 1959, 50; WuW/E/BKartA 98;
6) Bejahend anscheinend BKartA TB 1958, 59;

III. Die "graue Zone"

Bei der Bestimmung des zulässigen Inhalts von Wettbewerbsregeln hat der Begriff der "grauen Zone" von Anfang an viel Verwirrung und Unklarheit gestiftet. Er ist der Klärung des durch Wettbewerbsregeln erfaßbaren Bereiches wettbewerblichen Verhaltens eher abträglich als nützlich gewesen. [7] Der Grund dafür liegt darin, daß dieser Begriff verschieden definiert und verwendet wurde.

a. Zwischenbereich zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb ?

Nach Ansicht mancher Autoren gibt es zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb einen neutralen Zwischenbereich. [8] Nicht alle Wettbewerbshandlungen, die nicht verboten sind, seien lauter. [9] "Lauter" sei viel mehr als "nicht unlauter". [10] Zwischen der Lauterkeit und der Unlauterkeit liege der Bereich der Unfairneß und Unseriosität. [11] Das Recht sei nur ein "ethisches Minimum"; neben den Geboten und Verboten des Rechts gebe es weitergehende Anstandsregeln. [12] Der "Lehre von der grauen Zone" hatte insbesondere das BKartA durch einige unvorsichtige Bemerkungen Vorschub geleistet, wenn es ausführte, daß Wettbewerbshandlungen der grauen Zone zwar nicht verboten seien, daß sie jedoch nach der Ansicht bestimmter Wirtschaftskreise auch nicht den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechen [13]; es gebe Wettbewerbshandlungen, die nicht mehr schützenswert sind, die aber nach dem UWG und seinen Nebengesetzen auch nicht verboten sind. [14]

Diese Ausführungen der BKartA genügen jedoch nicht, dem BKartA zu unterstellen, es bejahe mit der grauen Zone einen Zwischenbereich zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb. Wenn das BKartA feststellt, daß es Wettbewerbshandlungen gibt, die zwar nicht verboten, aber auch nicht schützenswert sind,

---

7) WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 86 ff., 95;
8) BENISCH, WuW 1956, 643 ff., 647 f., 649; DÖRINKEL, WuW 1960, 596; FRANZEN, WuW 1957, 749 f.; ders. BB 1963, 528; ders. GemK. 2. Aufl. § 28 Anm. 19; JÄGER, WRP 1959, 339; v. KÖHLER, DB 1967, 31; RASCH-WESTRICK, GWB 3. Aufl. §§ 28 ff. Anm. 12;
9) DÖRINKEL, aaO. vgl. OEHLER, Wettbewerbsregeln, S. 42 f.; HENNER, Wettbewerbsregeln, S. 34;
10) v. KÖHLER, aaO
11) FRANZEN, aaO; RASCH-WESTRICK, aaO;
12) RHEINFELS, DB 1957, 814.
13) BKartA TB 1958, 59;
14) BKartA TB 1959, 8; vgl. auch S. 51;

so heißt das noch nicht, daß solche Wettbewerbshandlungen weder lauter noch unlauter sind. Es gibt auch lautere Wettbewerbshandlungen, die nicht mehr schützenswert sind. [15]

Widersprechen bestimmte Wettbewerbshandlungen nach der Ansicht mancher Wirtschaftskreise den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs, ohne daß sie nach den Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts verboten sind, so zwingt das nicht zur Annahme eines Zwischenbereichs zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb. Da die Ansichten darüber, was lauter und was unlauter ist, häufig auseinandergehen [16], ist es denkbar, daß Wettbewerbshandlungen, die die Rechtsordnung noch als lauter behandelt, bereits nach der Ansicht bestimmter Wirtschaftskreise den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs widersprechen. Es ist zwar richtig, daß das Recht in gewissem Sinne nur ein "ethisches Minimum" ist [17], daß auch das UWG nur ein ethisches Minimum normiert [18], und daß es über das Recht hinaus weitergehende Anstandsregeln gibt. [19] Da es sich aber bei dem Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" um einen Rechtsbegriff handelt, kann es bei der Bewertung einer Wettbewerbshandlung als lauter oder unlauter nur auf den ethischen Bewertungsmaßstab der Rechtsordnung und nicht auf den strengerer gesellschaftlicher Normen ankommen. Für die Frage, ob es zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb einen Zwischenbereich der grauen Zone gibt, ist daher allein maßgeblich, in welchem Verhältnis die Rechtsbegriffe "lauter" und "unlauter" zueinander stehen, und nicht, ob bestimmte Kreise bestimmte Wettbewerbshandlungen, die von der Rechtsordnung nicht ausdrücklich verboten werden, billigen.

Die weitaus überwiegende Meinung lehnt die Annahme eines Zwischenbereichs zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb ab.

Ein Verhalten kann einer Norm nur entsprechen oder nicht entsprechen; es kann nach einer Norm nur entweder gut oder böse sein. [20] Ein Mittelding zwischen

---

15) GRIESBACH, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 39 ff., 53;

16) Vgl. den Streit um die Zulässigkeit von Direktverkäufen durch den Großhandel, der Durchbrechung lückenloser Preisbindungen, der vergleichenden Werbung;

17) Georg JELLINEK, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl. 1908, S. IV u. S. 45 ff.; KELSEN, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. S. 66; ESSER Grundbegriffe, S. 28; BOCKELMANN, Einführung, S. 28; EVERS, JZ 1961, 247; HUBMANN, AcP 153, 310; vgl. DAHM, Deutsches Recht 2. Aufl. S. 24;

18) v. BRUNN, WRP 1964, 178; HUBMANN, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 242; v. KÖHLER, NJW 1964, 569;

19) RHEINFELS, DB 1957, 814;

20) KELSEN, aaO, S. 21, 379;

Recht und Unrecht gibt es nicht. [21] Ein konkretes Wettbewerbsverhalten ist nach unserer Rechtsordnung stets entweder lauter oder unlauter. [22] Die Grenze des lauteren Wettbewerbs deckt sich mit der des unlauteren Verhaltens [23], denn unsere Sprache und mit ihr unser Recht unterscheiden "kontradiktorisch" zwischen lauter und unlauter; die Begriffe "lauter und "unlauter" sind ein kontradiktorisches Begriffspaar. [24] Vom Gesetz und vom Richter aus betrachtet gibt es daher z w i s c h e n lauterem und unlauterem Wettbewerb keinen Zwischenbereich der grauen Zone. [25] Auch der unseriöse, unfeine, unfaire und standeswidrige Wettbewerb ist im Sinne des Wettbewerbsrechts nur entweder lauter oder unlauter. [26]

Dem widerspricht auch nicht eine angebliche "Doppelwertigkeit" der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs bzw. der Unlauterkeit in dem Sinne, daß zwischen einem ethisch fundierten und einem "ethikfreien" Bereich bei der rechtlichen Bewertung von Wettbewerbshandlungen unterschieden werden muß. [27] Unabhängig davon, ob man als unlauter nur ethisch verwerfliche oder alle unerlaubten Wettbewerbshandlungen betrachtet [28], gilt dennoch die von der Rechtsordnung getroffene Zweiteilung in lautere und unlautere Wettbewerbshandlungen. Wenn auch unsere Rechtsordnung zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb eine strenge Grenze zieht, so ist damit jedoch nicht gesagt, daß alle Wettbewerbshandlungen, die das Wettbewerbsrecht verbietet, qualitativ in gleicher Weise verwerflich sind. Ebensowenig kommt allen Wettbewerbshandlungen, die erlaubt sind, der gleiche positive ethische Wert zu. Vielmehr gibt es zwischen den beiden Extremen eines hochanständigen und eines zutiefst verwerflichen Wettbewerbsverhaltens ein breites Spektrum mehr oder weniger billigenswerter Wettbe-

---

21) FIKENTSCHER, Preisunterbietung, S. 31 Fußnote 27;

22) FIKENTSCHER, Festschrift für Hallstein, S. 146; ders. GRUR AIT 1966, 186;

23) KROITZSCH, GRUR 1965, 14; vgl. RAUSCHENBACH, Wirtsch. R. S. 144;

24) WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 91; vgl. J. u. W. Grimm, Deutsches Wörterbuch, 11. Aufl. III. Abt. "unlauter", Allg. unter Ziff. 6, zit. KROITZSCH, GRUR 1965, 14;

25) FIKENTSCHER Rechtsschutz, S. 301 f. Fußnote 169; ebenso BENKENDORFF, WuW 1958, 416; BOCK, BB 1958, 957, 958; GRIESBACH, BB 1962, 1011, 1016; LANGEN, KartG. § 28 Anm. 15; RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 252, Rdnr. 901; KROITZSCH, GRUR 1965, 13;

26) a. A. DÖRINKEL WRP 1957, 351, 365; FRANZEN, GemK. 2. Aufl. § 28 Anm. 19;

27) Vgl. LANGEN, KartG. § 28 Anm. 15, 16;

28) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 85 ff.;

werbshandlungen. Weder die Zweiteilung "lauter - unlauter" noch eine Dreiteilung "lauter - Zwischenbereich - unlauter" wird den denkbaren Differenzierungsmöglichkeiten hinsichtlich des ethischen Wertes einer Wettbewerbshandlung auch nur annähernd gerecht. Es kann daher auch nur darum gehen, ob eine Wettbewerbshandlung noch lauter oder schon unlauter im Sinne des Rechts ist.
Ist eine Wettbewerbshandlung lauter im Sinne des Rechts, so entspricht sie auch den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs.

b. Graue Zone des Zweifels

Die Grenzlinien von lauterem und unlauterem Wettbewerb decken sich zwar und der lautere Wettbewerb ist theoretisch scharf vom unlauteren Wettbewerb abzugrenzen. Dennoch gibt es in dem Grenzbereich von lauterem und unlauterem Wettbewerb zahlreiche Fälle, in denen es aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen Zweifel gibt, ob es sich noch um lauteren oder bereits um unlauteren Wettbewerb handelt.[29] Häufig läßt sich nicht vorhersehen, ob eine Wettbewerbshandlung von den Gerichten als lauter oder als unlauter qualifiziert werden wird. Das ist vor allem dann der Fall,
1. wenn die Zulässigkeit bestimmter, meist neuer, Wettbewerbsmethoden überhaupt noch nicht geklärt ist,
2. wenn eine Rechtsfrage in Literatur und Rechtsprechung umstritten ist, oder
3. wenn bestimmte wettbewerbliche Verhaltensweisen von Branche zu Branche verschieden zu beurteilen sind.

Der Grenzbereich von unlauterem und lauterem Wettbewerb ist also häufig labil.[30] Bei diesen Fällen der grauen Zone des Zweifels[31] geht es nicht um einen Zwischenbereich zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb. Deshalb ist die "graue Zone" in diesem Sinne für die Beantwortung der Frage, ob vom Recht des unlauteren Wettbewerbs unmittelbar auf die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs geschlossen werden kann, ohne Relevanz.

c. Graue Zone und § 1 GWB

Der angebliche Zwischenbereich der "grauen Zone" zwischen Lauterkeit und Unlauterkeit wurde als das eigentliche Anwendungsgebiet für Wettbewerbsregeln

29) Vgl. MÜLLER/GIESSLER, GWB, § 28 Anm. 15, 19;
30) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. § 28 Anm. 14; KELLERMANN WuW 1965, 560 f.;
31) RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 252 Rdnr. 901;

angesehen. Denn, so argumentierte man, soll sich die Bedeutung der Wettbewerbsregeln nicht darin erschöpfen, die Verbote des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu wiederholen, so müsse es einen weiteren Bereich über den des unlauteren Wettbewerbs hinaus geben, den sie wirksam regeln können, ohne daß sie lauteren Wettbewerb beschränken und auf diese Weise mit § 1 GWB in Kollision geraten.

Abgesehen davon, daß den Lauterkeitsregeln und den Wettbewerbsförderungsregeln auch ohne die Annahme einer grauen Zone eine erhebliche Bedeutung zukommt, zeigt diese Argumentation deutlich die Gründe, die für die "Erfindung" der Lehre von der grauen Zone ausschlaggebend waren. Ihr liegen die unzutreffenden Annahmen zugrunde, daß § 1 GWB nur den lauteren Wettbewerb erfasse, daß § 29 GWB keine Ermächtigung zur Zulassung von Ausnahmen vom Kartellverbot gebe und daß deshalb Vereinbarungen über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln nur zulässig sind, wenn sie nicht in den Bereich des lauteren Wettbewerbs eingreifen. Daraus folgerte man zunächst, daß nur der unlautere Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln geregelt werden dürfe, was zu dem Versuch führte, den Anwendungsbereich des UWG auszuweiten, indem man sich bemühte, unbequemen Wettbewerb als unlauteren Wettbewerb zu behandeln. [32] Denn bei Zugrundelegung der Ansicht, daß § 1 GWB nur den lauteren Wettbewerb schütze, wird der Anwendungsbereich von § 1 GWB umso kleiner, je extensiver man die Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts gegen unlauteren Wettbewerb auslegt.

Der Möglichkeit, auf Grund der durch die These "nur der lautere Wettbewerb ist frei" bedingten Antinomie von UWG und GWB den Anwendungsbereich von § 1 GWB einzuschränken, waren jedoch Grenzen gesetzt, denn nur manche Formen des unbequemen, unseriösen, unfairen und unerwünschten Wettbewerbs lassen sich durch eine extensive Auslegung der Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts zum unlauteren Wettbewerb erklären. Deshalb erfand man die graue Zone zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb. Nicht jeder Wettbewerb, der nicht verboten ist, sei schon als lauter anzusehen. Wettbewerbshandlungen der grauen Zone seien zwar nicht unlauter; sie entsprechen aber auch nicht den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs. [33] Nur den lauteren Wettbewerb wolle das GWB aber schützen. Deshalb fallen Wettbewerbshandlungen der grauen Zone nicht in den Verbotsbereich von § 1 GWB.

Auf denselben Motiven dürfte die Ansicht beruhen, daß es Verhaltensweisen gibt, die zwar nicht unlauter i. S. d. UWG, aber auch nicht schutzwürdig i. S. d. GWB sind und daß für diese Lücke zwischen UWG und GWB eine positive Gestaltungsmöglichkeit über die §§ 28 ff. GWB besteht. [34]

---

32) KOENIGS, NJW 1961, 1042;

33) BKartA TB 1958, 59;

34) GRIESBACH, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 53;

Derselben Ansicht scheint auch das BKartA gewesen zu sein, wenn es davon sprach, daß auch solche Wettbewerbsregeln zur Förderung der Lauterkeit im Wettbewerb eingetragen werden können, die sich nicht auf das Verbot unlauterer Tatbestände im Sinne des Rechts des unlauteren Wettbewerbs beschränken, sondern auch Gebote enthalten, deren Verletzungen nicht notwendig Gesetzesverstöße darstellen. "Wenn solche Regeln in den Randbezirk des Verbotsbereichs des § 1 GWB geraten", könne der Verstoß durch die in § 31 I GWB vorgesehene Ermessensentscheidung der Kartellbehörde ausgeschlossen werden. [35] Diese Ansicht läßt sich nur rechtfertigen, wenn man eine graue Zone zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb annimmt. Denn sonst würde jede Beschränkung gesetzlich nicht verbotenen Wettbewerbs - auch nach der Ansicht, daß § 1 GWB nur den lauteren Wettbewerb schützt - unmittelbar in den Verbotsbereich des § 1 GWB fallen, und nicht nur eventuell ("wenn") in den "Randbezirk" des Verbotsbereichs von § 1 GWB geraten.
Die "Lehre von der grauen Zone" ist also dem Bedürfnis entsprungen, den zu eng bestimmten Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln, insbesondere von § 29 GWB, mit Hilfe der für die Auslegung von § 1 GWB ebenfalls nicht haltbaren Formel "nur der lautere Wettbewerb ist frei" auf den nicht schutzenswerten Wettbewerb auszudehnen. [36]

IV. Ergebnis

Zwischen Lauterkeit und Unlauterkeit im Wettbewerb gibt es keinen Zwischenbereich. Die Grenzen von lauterem und unlauterem Wettbewerb decken sich. Auch von den betreffenden Verkehrskreisen mißbilligter, standeswidriger, unseriöser Wettbewerb ist, wenn man ihn nach den Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht als unlauter qualifizieren kann, dem Bereich des lauteren Wettbewerbs zuzurechnen. Decken sich aber die Grenzen von lauterem und unlauterem Wettbewerb, so kann von dem Begriff des unlauteren Wettbewerbs, wie ihn das allgemeine Wettbewerbsrecht kennt, unmittelbar auf die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" i. S. v. § 28 II GWB geschlossen werden. Das ist wohl auch gemeint, wenn das BKartA in den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs einen "Rechtsbegriff des allgemeinen Wettbewerbsrechts" sieht.

35) BKartA TB 1959, 51;
36) BKartA TB 1959, 8;

KAPITEL 3:
Die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs"
Überblick über die vertretenen Ansichten

Lassen sich die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" auch den Bestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts entnehmen, so ist es doch sehr fraglich, ob es sich bei dem Begriff des "unlauteren Wettbewerbs" um einen anerkannten Rechtsbegriff des allgemeinen Wettbewerbsrechts handelt, wie es das BKartA immer wieder betont.

a. Ansichten in der Literatur

Die Ansichten der Literatur zu der Frage, wie die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" systematisch zu erfassen sind und wann gegen sie verstoßen wird, sind so kontrovers, daß es sehr zweifelhaft erscheint, ob man noch von einem anerkannten Rechtsbegriff des allgemeinen Wettbewerbsrechts sprechen kann.

1. Die guten Sitten bestimmen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs

Ein Teil der Autoren, die sich um die Auslegung des Begriffs "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" bemüht haben, ist der Ansicht, daß das Tatbestandsmerkmal des "lauteren Wettbewerbs" in § 28 II GWB dem der "guten Sitten" in § 1 UWG entspreche. Ein Verstoß gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs setze einen Verstoß gegen die guten Sitten voraus. Eine Wettbewerbshandlung sei immer, aber auch nur dann unlauter, wenn sie die guten Sitten im Wettbewerb verletze. [37] Dabei genügt es nach dieser Ansicht nicht, nur auf die Anschauungen der Gewerbetreibenden abzustellen, denn sonst könnte "durch eine selbstherrliche und unkontrollierte Selbstverwaltung von Interessenvertretungen die unabhängige Rechtsprechung präjudiziert oder gar ausgeschaltet werden". [38]

Daher geht es auch nicht an, die guten Sitten durch eine Befragung von tausend Gewerbetreibenden zu ermitteln, wie es RHEINFELS vorschlug. [39] Neben der tatsächlich vorhandenen Geschäftsmoral muß auch auf die Ansichten der Allgemeinheit Rücksicht genommen werden. [40]

---

37) REIMANN, WuW 1957, 621, 623;
38) Siehe KROITZSCH, GRUR 1965, 15;
39) RHEINFELS, WuW 1956, 785 ff.;
40) KROITZSCH, GRUR 1965, 15;

2. Standesethik

Von dem Begriff der "guten Sitten", wie ihn § 1 UWG gebraucht, entfernt sich jene Ansicht, die unter den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs" auch solche ethischen Normen verstehen will, die über die guten Sitten i. S. v. § 1 UWG hinausgehen; denn § 28 II GWB wolle nicht, daß Wettbewerbsregeln nur das wiederholen, was bereits durch § 1 UWG verboten ist, sondern er habe es den Organisationen der Wirtschaft gestattet, in "erzieherischer Weise" tätig zu werden, um so auf die "Verfeinerung der guten Sitten" hinzuwirken. [41]

Man erkennt hier deutlich die Ansicht wieder, die die Wettbewerbsregeln nicht nur zur Verhinderung von unlauterem Wettbewerb im Sinne des gesetzlichen Unlauterkeitsrechts verwenden will, sondern auch zur Verhinderung von unanständigem, unfairem, unfeinem, unseriösem, standeswidrigem Wettbewerb. [42] Soweit man nicht eine graue Zone zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb anerkennen will, würde das bedeuten, daß die Wettbewerbsregeln nicht nur der Durchsetzung der für die "guten Sitten" i. S. v. § 1 UWG maßgeblichen sittlichen Gebote dienen, sondern auch der Durchsetzung sonstiger "ethischer" Normen [43], die über die Gebote der guten Sitten in § 1 UWG hinausgehen. § 28 II GWB würde nach dieser Ansicht auch die Standesethik schützen. Hier genüge der Hinweis darauf, daß solche Standesethik häufig nur dazu dient, unbequemen Wettbewerb auszuschalten, und die Branche vor Außenseitern zu schützen, daß solche Standesethik aber auch manchmal Unsitten billigt.

Die Ansicht, auch die Normen der Standesethik in die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" miteinzubeziehen, findet im Gesetz keine Stütze. Auch die Begründung, der Gesetzgeber habe nicht nur solche Wettbewerbsregeln zulassen wollen, die nur verbieten, was bereits durch § 1 UWG verboten sei, da sonst die Zulassung von Wettbewerbsregeln unverständlich sei, ist wie bereits mehrmals ausgeführt wurde, kein tragfähiges Argument, standesethische Normen mit Hilfe von Wettbewerbsregeln durchzusetzen.

Zur rechtlichen Relevanz der Ansicht, daß das Recht nur ein ethisches Minimum sei und daß es über die Vorschriften des Rechtes hinaus weitergehende Anstandsregeln gebe, die bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" zu berücksichtigen seien [44] und daß "lauter" viel mehr sei als "nicht unlauter" [45], wurde bereits bei der Behandlung der "grauen Zone" Stellung genommen. Hier sei nur nochmals darauf verwiesen, daß es sich auch

41) RHEINFELS, DB 1957, 814; GLOEDE, WRP 1958, 65, 68;
42) FRANZEN, GemK. 2. Aufl. § 28 Anm. 18 f.;
43) Vgl. BGH "Export ohne WBS" WuW/E/BGH 452 ff.;
44) RHEINFELS, DB 1957, 814;
45) v. KÖHLER, DB 1967, 31;

bei dem Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" um einen Rechtsbegriff handelt.

3. Verstoß gegen alle Normen des UWG

Greift man auf den Begriff der Unlauterkeit zurück, wie ihn das UWG in seiner Gesetzesüberschrift verwendet [46], so hätten die Lauterkeitsregeln die Aufgabe, Wettbewerb zu verhindern, der gegen die guten Sitten (§ 1 UWG) und gegen die übrigen Bestimmungen des UWG verstößt.

4. Verstoß gegen das UWG und seine Nebengesetze

Diese Auslegung, nur auf die Normen des UWG zurückzugreifen, wird als zu eng angesehen, und so glaubte man, aus § 31 I GWB entnehmen zu können, daß neben den Vorschriften des UWG auch die seiner Nebengesetze (RabG, ZugabeVO) für die Bestimmung des Inhalts der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs maßgeblich sind. [47]

5. Verstoß gegen sonstige rechtliche Vorschriften

Will man die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" den in § 31 I GWB aufgeführten Vorschriften entnehmen, so müssen auch alle "sonstigen rechtlichen Vorschriften", die den Wettbewerb regeln, für die Bestimmung der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs herangezogen werden. Dazu gehören neben den Vorschriften des UWG und seiner Nebengesetze auch die wettbewerbsrechtlich relevanten Bestimmungen des Warenzeichenrechts, des Firmenrechts, des Namensrechts, des Patentrechts, des Urheberrechts, usw.
Lauterer Wettbewerb sei zwar das Gegenteil von unlauterem Wettbewerb. § 28 II GWB gehe aber von einem anderen Lauterkeitsbegriff aus, als ihn das UWG in seiner Überschrift und in § 12 verwende. Unlauter nach § 28 II GWB seien auch alle gesetzwidrigen Maßnahmen außerhalb des UWG. [48] Noch weiter geht SCHEEL, nach dem die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs "offenbar etwas Allgemeineres" als die Vorschriften des UWG, RabG und der ZugabeVO sind. [49]

6. Verstoß gegen den Leistungswettbewerb

Nach Eb. GÜNTHER ist der Lauterkeitsbegriff in den §§ 28 ff. GWB nicht iden-

46) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 28 Anm. 9;
47) v. BRAUCHITSCH Kartellrecht, § 28 Anm. II S. 678; RINCK Wirtschaftsrecht, S. 251, Rdnr. 896; WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 108 ff.;
48) BENKENDORFF, WuW 1958, 420;
49) SCHEEL, Wettbewerbsregeln, S. 10;

tisch mit dem des allgemeinen Wettbewerbsrechts, sondern aus der ratio legis des GWB zu interpretieren. Durch die Zielsetzung des GWB erhalte der Lauterkeitsbegriff in den §§ 28 ff. GWB seinen besonderen Inhalt; er sei ein Begriff sui generis! Da der lautere Wettbewerb auch den Leistungswettbewerb umfasse, darf nach Eb. GÜNTHER durch Wettbewerbsregeln auch ein Verhalten als "unlauter" i. S. d. GWB gekennzeichnet werden, das die Leistungsgerechtigkeit beeinträchtigt und damit Wettbewerbsverfälschungen bewirkt. [50]

b. Auslegung des Begriffs "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" durch das BUNDESKARTELLAMT

Besonders reizvoll ist eine kurze Analyse der Deutungen des Begriffs "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" in der Beschlußpraxis des BKartA, insbesondere die Ansicht des BKartA über das Verhältnis der Begriffe der Unlauterkeit, der Sittenwidrigkeit und der Unrechtmäßigkeit von Wettbewerbshandlungen zueinander.

Das BKartA hat immer wieder betont, daß es sich bei den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs" um einen anerkannten Rechtsbegriff des allgemeinen Wettbewerbsrechts handle. [51] Läßt sich auch, wie dargelegt, ein solcher anerkannter Rechtsbegriff der Unlauterkeit in der Literatur zu § 28 II GWB nicht feststellen, so sollte man wenigstens annehmen dürfen, daß das BKartA von einem eindeutig definierten Begriff des unlauteren Wettbewerbs bei der Auslegung von § 28 II GWB ausgeht. Doch die Beschlußpraxis des BKartA rechtfertigt diese Annahme nicht, jedenfalls dann nicht, wenn man von der üblichen Auslegung des Begriffs der "guten Sitten", wie ihn wohl auch das BKartA versteht, ausgeht.

Einige Beispiele sollen zeigen, wie das BKartA den Rechtsbegriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" handhabt und wie wenig dabei besonders das Verhältnis von Unlauterkeit und Sittenwidrigkeit und damit auch das Verhältnis von § 28 II GWB zu § 1 UWG geklärt ist.

1. Unlauterer Wettbewerb = Verstoß gegen die guten Sitten und gegen andere wettbewerbsrechtliche Vorschriften

In mehreren Beschlüssen [52] stellt das BKartA fest, daß das GWB nicht definiere, was unter den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs" in § 28 II GWB zu ver-

---

50) Eb. GÜNTHER, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 22;

51) BKartA TB 1959, 50; WuW/E/BKartA 304, 612, 808, 589;

52) BKartA WuW/E/BKartA 96 ff., 98; 301 ff., 304; 609 ff.;

stehen sei. Das GWB verwende aber den Begriff, wie sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der §§ 28 ff. GWB und aus dem Wortlaut von § 31 I GWB entnehmen lasse, als anerkannten Rechtsbegriff des allgemeinen Wettbewerbs und Wettbewerbsrechts. Die Lauterkeit des Wettbewerbs sei als Wertbegriff aufzufassen, "der seinen Sinn und Inhalt aus dem Gebot der guten Sitten und der Beachtung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften erhält". Das "sei in erster Linie nach den Vorschriften des UWG und seiner Nebengesetze, insbesondere des RabG und der ZugabeVO zu beurteilen." [53]

2. Unlauterer Wettbewerb = sittenwidriger, sittlich verwerflicher Wettbewerb i.S.v. § 1 UWG

In demselben Beschluß vom 30.12.1960 über die Wettbewerbsregeln der Ziehereien und Kaltwalzwerke [54], in dem das BKartA die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs den guten Sitten und den anderen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften entnahm, zu denen es im Beschluß über die Wettbewerbsregeln des Kohleneinzelhandels vom 19.12.1959 sämtliche Vorschriften des UWG, des RabG und der ZugabeVO rechnete [55], heißt es an anderer Stelle [56]: "Wettbewerbsregeln dienen der Verwirklichung lauterer, d.h. sittlichrechtlicher Grundsätze im Wettbewerb, nicht aber unmittelbar der Durchsetzung wirtschaftspolitischer Ziele oder wirtschaftlicher Interessen".
Zwangsläufig stellt sich hier die Frage, ob auch die Durchsetzung der Vorschriften des RabG und der ZugabeVO oder auch die der §§ 3, 6 - 10, 16 UWG der Verwirklichung sittlichrechtlicher Grundsätze im Wettbewerb dient. Widerspricht ein Verstoß gegen diese Normen den guten Sitten im Wettbewerb ? Das BKartA macht dazu keine Ausführungen.
Ebenso fragt es sich, ob nicht doch auch wirtschaftspolitische Ziele mit Hilfe der guten Sitten durchgesetzt werden sollen, wenn das BKartA - wiederum in demselben Beschluß über die Wettbewerbsregeln der Ziehereien und Kaltwalzwerke [57] - ausführt, daß der Begriff der Sittenwidrigkeit funktionsbezogen sei und der "sittlichrechtliche Unwertcharakter regelmäßig und in gewissem Grade durch die Feststellung indiziert" werde, "ob und inwieweit sie (eine Wettbewerbshandlung) dem Leistungsprinzip und dem Sinngehalt des wirtschaftlichen Wettbewerbs widerspricht". [58]

---

53) BKartA TB 1959, 50; 1960, 56; WuW/E/BKartA 96, 98; 304; 612; 808;
54) BKartA WuW/E/BKartA 301 ff.;
55) BKartA WuW/E/BKartA 96;
56) BKartA WuW/E/BKartA 305; Vgl. auch BKartA TB 1960, 12, 56;
57) BKartA WuW/E/BKartA 304;
58) BKartA WuW/E/BKartA 304; vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 69;

Ebenfalls von einer Gleichsetzung von unlauterem und sittenwidrigem Wettbewerb geht das BKartA in seinem Beschluß vom 18.3.1963 über die Wettbewerbsregeln des Kfz-handels aus. [59] Nachdem es festgestellt hatte, daß die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs "Sinn und Inhalt aus dem Gebot der guten Sitten und der Beachtung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften" erhalten [60], fährt das BKartA fort, "daß dabei der Verstoß gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs, d.h. gegen das Gebot der guten Sitten als Sonderfall wettbewerbsrechtlich unzulässigen Verhaltens aufgefaßt" werde [61], und daß dies der Systematik des Wettbewerbsrechts entspreche. Zwei scheinbar unvereinbare Aussagen des BKartA zur Bestimmung des Begriffs des unlauteren Wettbewerbs stehen sich also gegenüber:
Einerseits ist der Begriff der Unlauterkeit bestimmt durch das Gebot der guten Sitten und die übrigen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften.
Andererseits wird die Unlauterkeit als identisch mit der Sittenwidrigkeit als einem Sonderfall wettbewerbsrechtlich unzulässigen Verhaltens angesehen, d.h. es werden nicht alle Formen unzulässigen Wettbewerbs als sittenwidrig und damit als unlauter in einem engeren Sinne behandelt.

3. Unlauterer Wettbewerb = Verstoß gegen alle Vorschriften des UWG und andere sittlichrechtlich fundierte Normen

Auch keine Klärung des Verhältnisses von unlauterem und sittenwidrigem Wettbewerb bringt der Beschluß des BKartA über die Wettbewerbsregeln der Bauindustrie vom 29.3.1963. [62] Wiederum spricht das BKartA von den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs" als einem "anerkannten Rechtsbegriff des allgemeinen Wettbewerbsrechts". Diesmal kennzeichnet er aber nur ein "Verhalten im Wettbewerb, das den Vorschriften und Grundsätzen des UWG und anderer den Geschäftsverkehr aus sittlich-rechtlichen Gründen ordnender Gesetze entspricht". [63]

Die Vorschriften des UWG und anderer Normen mit sittlich-rechtlichem Gehalt bestimmen hier also nach Auffassung des BKartA, was lauter und was unlauter ist. Ein Hinweis des BKartA darauf inwieweit dieser so definierte Begriff der Lauterkeit bzw. der Unlauterkeit mit dem der früheren Beschlüsse in Einklang zu bringen ist wäre nötig gewesen. Denn dieser Beschluß läßt es offen, ob das BKartA allen Bestimmungen des UWG sittlich-rechtlichen Gehalt zumißt, mit der Folge, daß sich die Unlauterkeit i.S.v. § 28 II GWB mit der Sittenwidrigkeit

59) BKartA WuW/E/BKartA 609;
60) BKartA WuW/E/BKartA 612;
61) BKartA WuW/E/BKartA 612;
62) BKartA WuW/E/BKartA 589;
63) BKartA WuW/E/BKartA 589;

in § 1 UWG deckt, und ob zum Recht des unlauteren Wettbewerbs nur gehört, was vom UWG erfaßt wird. Ein Verstoß gegen andere, den Geschäftsverkehr aus sittlich-rechtlichen Gründen ordnende Gesetze würde auch eine Verletzung der guten Sitten im Wettbewerb i. S. v. § 1 UWG bedeuten und § 1 UWG würde allenfalls als Lex generalis neben einer speziellen, sittlich-rechtlich fundierten Norm nicht zur Anwendung kommen. Ungeklärt läßt es der Beschluß insbesondere, ob das BKartA die Bestimmungen des RabG und der ZugabeVO entgegen gewichtigen Stimmen in der Literatur [64] als sittlich fundiert ansieht und damit von einem umfassenden Begriff der guten Sitten ausgeht, wenn es einerseits die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs a l l e n wettbewerbsrechtlichen Vorschriften entnimmt [65], also auch denen der §§ 3, 6 - 10, 16 UWG, der ZugabeVO und des RabG, andererseits nur solche Vorschriften a u ß e r h a l b des UWG zur Bestimmung der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs heranzieht, die den Wettbewerb aus sittlichrechtlichen Gründen ordnen.

4. Unlauterer Wettbewerb = Verstoß gegen die guten Sitten und sittlich fundierte Wettbewerbsvorschriften

Einen Weg zur Beseitigung der Unklarheiten könnte der Beschluß über die Wettbewerbsregeln der Bauindustrie weisen. [66] Danach erhalten die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs Sinn und Inhalt aus dem Gebot der guten Sitten und der Beachtung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften, s o f e r n diese den Geschäftsverkehr aus s i t t l i c h - r e c h t l i c h e n Gründen ordnen. Da ein Verstoß gegen solche Normen, die den Geschäftsverkehr aus sittlichrechtlichen Gründen ordnen, zugleich ein Verstoß gegen die guten Sitten darstellt und die Anwendbarkeit von § 1 UWG allenfalls aus Gründen der Spezialität ausgeschlossen sein könnte, würden sich die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs i. S. v. § 28 II GWB a l l e i n aus dem Gebot der guten Sitten ergeben. Offen bleibt dabei allerdings wieder, ob auch ein Verstoß gegen die §§ 3, 6 - 10, 16 UWG und gegen die Vorschriften des RabG und der ZugabeVO eine Verletzung der guten Sitten begründet, wie es das BKartA annehmen müßte, wenn es auf Grund der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der §§ 28 ff. GWB und aus dem Wortlaut von § 31 I GWB entnimmt, daß die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs durch diese Vorschriften bestimmt werden.

64) BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 87;
65) BKartA WuW/E/BKartA 96 ff., 98; 301 ff., 304; 609;
66) BKartA WuW/E/BKartA 589 ff;

Mehrere Fragen läßt die Beschlußpraxis des BKartA also ungeklärt:

1. Wie ist der Begriff der Unlauterkeit im allgemeinen Wettbewerbsrecht zu interpretieren ?

2. In welchem Verhältnis steht der Begriff der Unlauterkeit besonders zu § 1 UWG und zu den übrigen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts ? (Verhältnis von unlauterem und unerlaubtem Wettbewerb)

3. Wie ist der Begriff der guten Sitten in § 1 UWG auszulegen und in welchem Verhältnis steht § 1 UWG zu den anderen Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrecht ?

c. Eigene Stellungnahme

Der Überblick über die Vielfalt der in der Literatur und vom Bundeskartellamt vertretenen Ansichten zeigt, daß über den Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" alles andere als Klarheit herrscht. Insbesondere ist fraglich, ob die Lauterkeitsbegriffe des allgemeinen Wettbewerbsrechts und des GWB identisch sind.

1. Spezifisch kartellrechtlicher Lauterkeitsbegriff ?

Da sich nach Eberhard GÜNTHER [67] der Anwendungsbereich der §§ 28 ff. GWB nicht darin erschöpft, das Recht des unlauteren Wettbewerbs zu konkretisieren, da derartige Tatbestände nach seiner Ansicht ohnehin nicht von § 1 GWB erfaßt werden, und er damit offenbar einen unmittelbaren Lauterkeitsbezug für alle Wettbewerbsregeln fordert und er keine Wettbewerbsförderungsregeln bejaht, stellt er die Frage, ob der Lauterkeitsbegriff i. S. d. §§ 28 ff. GWB identisch mit dem des UWG und seiner Nebengesetze sei. Diese Frage verneint er angesichts der verschiedenen ratio legis. Der Lauterkeitsbegriff des GWB sei ein Begriff sui generis, der seinen besonderen Inhalt durch die Zielsetzung des GWB erhalte. [68] Zwar decke er sich in vielen Bereichen mit dem des UWG, sei aber nicht mit ihm identisch. In Einklang mit den Motiven sei davon auszugehen, daß der lautere Wettbewerb i. S. d. GWB auch den Leistungswettbewerb umfasse. Das folge aus den Motiven zum GWB, wenn es im Bericht des WiPolA heiße, die Wettbewerbsregeln sollten "eine positive Handhabe für die Ausschließung eines unlauteren Verhaltens im Wettbewerb und insbesondere auch für die Anregung

67) GÜNTHER, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 22;

68) So auch BKartA TB 1967, MA 1968, 276;

und Förderung des Leistungswettbewerbs geben. [69] Unlauter i. S. d. § 28 II GWB sei danach auch ein Verhalten, das die Leistungsgerechtigkeit beeinträchtige und damit Wettbewerbsverfälschungen bewirke.

2. Kein spezifisch kartellrechtlicher Lauterkeitsbegriff !

Demgegenüber geht die h. M. davon aus, daß es sich bei dem Lauterkeitsbegriff des § 28 II GWB nach Gesetzeszweck und Entstehungsgeschichte um einen anerkannten Wertbegriff des allgemeinen Wettbewerbsrechts handle [70], daß sich § 28 II GWB am herkömmlichen Lauterkeitsbegriff orientiere [71]. Streit herrscht lediglich über die Auslegung des "Lauterkeitsbegriffs" des allgemeinen Wettbewerbsrechts.

Dieser Ansicht ist gegenüber der von Eberhard GÜNTHER vertretenen aus folgenden Gründen der Vorzug zu geben:

(1) Es wurde bereits gezeigt, daß sich die §§ 28 ff. GWB nicht darauf beschränken, lediglich eine Konkretisierung des allgemeinen Wettbewerbsrechts durch Wettbewerbsregeln zuzulassen. Das gilt sowohl dann, wenn man für alle Wettbewerbsregeln einen nur mittelbaren Lauterkeitsbezug fordert, als auch insbesondere dann, wenn man nach § 28 II 2. Alternative GWB Wettbewerbsregeln zuläßt, die den Wettbewerb fördern, was die Förderung des Leistungswettbewerbs mit einschließt.

(2) Wenn es einer der Zwecke von Wettbewerbsregeln ist, die Lauterkeitsgebote des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu konkretisieren, so nimmt § 28 II GWB auf den Lauterkeitsbegriff des allgemeinen Wettbewerbsrechts bezug.

(3) Es ist anerkannt, daß UWG und GWB nicht beziehungslos nebeneinander stehen, sondern daß infolge des antinomischen Spannungsverhältnisses von UWG und GWB die Auslegung des Begriffs der guten Sitten auf Grund der sozialethisch fundierten Zielsetzungen des GWB einen Wandel erfahren hat.

(4) Welcher Lauterkeitsbegriff soll für die - hier abgelehnte - Ansicht gelten, daß § 1 GWB nur den l a u t e r e n Wettbewerb schütze: der kartellrechtliche oder der des allgemeinen Wettbewerbsrechts ?

(5) Das Ergebnis befremdet, daß eine Wettbewerbshandlung, die die Leistungsgerechtigkeit in gewissem Umfange beeinträchtigt und damit Wettbewerbsfälschungen bewirkt, einerseits - nach UWG - noch als lauter angesehen werden kann, andererseits - nach § 28 II GWB - aber bereits unter das Verdikt der Unlauterkeit fällt. In einer Wettbewerbsordnung, der eine einheitliche Wertordnung zugrunde liegt, kann nicht ein und dieselbe Handlung zugleich lauter und unlauter

---

69) Ber. WiPolA, GemK. 1. Aufl. S. 1195;

70) Siehe oben die Zusammenstellung unter a) und b)

71) KELLERMANN, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 63, 75;

recht und unrecht, sittengemäß und sittenwidrig sein.
(6) Wird ein Rechtsbegriff in verschiedenen Gesetzen verwendet, so spricht zunächst eine Vermutung für eine einheitliche Auslegung. Nur wenn der jeweilige Gesetzeszweck eine verschiedene Auslegung ein und desselben Begriffes fordert, sollen unterschiedliche Begriffsbestimmungen in Betracht gezogen werden. Das vom GWB angestrebte Leistungsprinzip läßt sich nicht nur durch eine spezifisch kartellrechtliche Interpretation des Lauterkeitsbegriffs, sondern auch, und besser, durch eine von Wortlaut, Sinnzusammenhang und Motiven (!) geforderte Auslegung von § 28 II 2. Alternative GWB verwirklichen.

Die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" i. S. v. § 28 II 2 GWB werden also durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs, wie es im UWG und seinen Nebengesetzen niedergelegt ist, bestimmt. Das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß der Begriff des unlauteren Wettbewerbs i. S. d. allgemeinen Wettbewerbsrechts nur als Begriff, nicht dagegen in seinem Inhalt als allgemeiner Wertbegriff anerkannt ist, wie es das BKartA zuweilen behauptet. Zwar gibt es im allgemeinen Wettbewerbsrecht nur einen einheitlichen Lauterkeitsbegriff, eine Wettbewerbshandlung ist entweder lauter oder unlauter. Ungeklärt ist jedoch, ob unlauterer Wettbewerb bereits bei jedem Verstoß gegen Vorschriften des Wettbewerbsrechts vorliegt, oder ob der Vorwurf unlauteren Wettbewerbsverhaltens einen Sittenverstoß von besonderer Verwerflichkeit erfordert.

Die beiden Begriffe "Unlauterkeit" und "Sittenwidrigkeit" wurden immer in enger Beziehung zueinander gesehen. Das hatte zur Folge, daß ihre Auslegung teilweise eine gemeinsame Entwicklung genommen hat und von denselben Argumenten bestimmt wurde.
Denn einerseits wurde der "unlautere Wettbewerb" als eine Form des unsittlichen und unmoralischen Wettbewerbs angesehen; andererseits ist der Begriff des "unlauteren Wettbewerbs" älter als der der "guten Sitten im Wettbewerb", und da das Verbot sittenwidrigen Wettbewerbs erst in das UWG von 1909 als Generalklausel eingefügt wurde, interpretierte man den Begriff der Sittenwidrigkeit von dem der Unlauterkeit im Sinne des UWG her.
Da beide Begriffe verschiedene Auslegungsmöglichkeiten zulassen, ist es trotz der unvermeidbaren Überschneidungen bei der Behandlung der geschichtlichen Entwicklung und der Auslegung der beiden Begriffe erforderlich, den Begriff des "unlauteren Wettbewerbs" und den der "guten Sitten" getrennt voneinander zu behandeln, um anschließend bestimmen zu können, in welchem Verhältnis die Begriffe "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" "unlauterer Wettbewerb" und "sittenwidriger Wettbewerb" zueinander stehen.

Im Zusammenhang mit der Auslegung der Begriffe "unlauterer Wettbewerb" und "sittenwidriger Wettbewerb" taucht immer wieder der des "unerlaubten Wettbewerbs" auf, unter dem man jede Form verbotenen Wettbewerbs versteht. Deshalb soll auch dieser Begriff in dem folgenden Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Auslegung und des Verhältnisses von unlauterem und sittenwidrigem Wettbewerb mit einbezogen werden.

T E I L IV

DER UNLAUTERE WETTBEWERB

KAPITEL 1:
Das Verhältnis von unlauterem, sittenwidrigem und unerlaubtem Wettbewerb (Überblick über die vertretenen Ansichten)

A. DER BEGRIFF "UNLAUTERER WETTBEWERB" IM UWG VON 1896

Der Begriff "unlauterer Wettbewerb" kam in Deutschland erst gegen 1890 auf. [1] Er ist eine Übersetzung des französischen Begriffs "concurrence déloyale". [2] Die französische "action en concurrence déloyale" findet ihre Rechtsgrundlage in Art. 1382, 1383 Code civil, Deliktsvorschriften, die den deutschen §§ 823, 826 BGB vergleichbar sind [3], jedoch mit dem Unterschied, daß weder unmittelbar auf das in § 823 BGB verwendete Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit noch auf das der Sittenwidrigkeit wie in § 826 BGB abgestellt wird. Art. 1382 C. c. lautet: Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer; zu deutsch: Jede Handlung eines Menschen, die einem anderen Schaden zufügt, verpflichtet denjenigen, durch dessen Schuld er entstanden ist, ihn zu ersetzen.
Nicht jede Schadenszufügung im Wettbewerb verpflichtet jedoch zum Schadensersatz, denn sonst wäre kein Wettbewerb möglich, da jeder Wettbewerb den anderen schädigt. [4] Erst wenn die Schädigung des Mitbewerbers nicht mehr durch die Wettbewerbsfreiheit, die als ein Recht aufgefaßt wird, gedeckt ist, liegt "concurrence déloyale" vor. Mißbräuchliche Ausübung der Wettbewerbsfreiheit ist "déloyal", unlauter. [5] Das Recht endet dort, wo der Mißbrauch beginnt. Maßgeblich für die Entscheidung, ob eine Wettbewerbshandlung als "concurrence déloyale" anzusehen ist, ist also die Bestimmung des Inhalts und Umfangs der Wettbewerbsfreiheit. Aus dem moralisierenden Wort "déloyale"

---

1) Martin KOHLER, Das Verbrechen des unlauteren Wettbewerbs, 1901, S. 1;
2) M. KOHLER, aaO, ROSENTHAL, UWG 4. Aufl. § 1 Anm. 1;
3) BAUDOUIN-BUGNET, WuW 1953, 353;
4) SCHULER, Die Concurrence déloyale ..., S. 24; Otto MAYER, ZHR Bd. 26 (1881) S. 375; SOURDAT: "Toute concurrence est nuisible"; SPRÜNGLI, Der unlautere Wettbewerb, Diss. Zürich, 1955, S. 118;
5) SPRÜNGLI, Der unlautere Wettbewerb, S. 21 ff., 137 ff.;

ist dafür nichts zu entnehmen. [6]

Die Theorie der "concurrence déloyale" wurde also auf einem grundsätzlichen Schädigungsverbot aufgebaut [7]. Unlauterer Wettbewerb liegt nach französischem Recht vor, wenn eine Wettbewerbshandlung rechtswidrig und schuldhaft einen Schaden herbeiführt (vgl. § 823 BGB). [8]

Für die Entwicklung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb war die auf Art. 1382, 1383 C. c. aufgebaute Lehre von der "concurrence déloyale" von entscheidender Bedeutung. [9]

In den Vorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27.5.1896 hat zwar der Begriff des "unlauteren Wettbewerbs" als Rechtsbegriff keinen Eingang gefunden. Die Bezeichnung "unlauterer Wettbewerb" kommt nur in der Überschrift des Gesetzes vor und hatte hier nur die Bedeutung einer zusammenfassenden Inhaltsangabe [10], da das UWG von 1896 noch keine vollständige Regelung gegen unlauteren Wettbewerb darstellen sollte, insbesondere keine allgemeine Vorschrift gegen unlauteren Wettbewerb kannte, sondern vorerst nur eine Handhabe gegen besonders nachteilige Mißbräuche der Wettbewerbsfreiheit gab. [11] Alle Normen des UWG von 1896 richteten sich zwar gegen besondere Erscheinungsformen unlauteren Wettbewerbs. Man war sich aber darüber einig, daß mit diesen Einzelbestimmungen, die alle ebensogut - wie die Vorschriften des WZG - in Spezialgesetzen hätten aufgenommen werden können, nur die schlimmsten Formen unlauteren Wettbewerbs erfaßt wurden. [12]

Zu einer Generalklausel zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs konnte man sich 1896 jedoch aus folgenden Gründen noch nicht entschließen:

a) Im Gegensatz zur französischen Rechtsprechung, die es vorzog elastische Normen den praktischen Erfordernissen entsprechend auszulegen, bevorzugte die deutsche Rechtsprechung konkrete Rechtsnormen mit genau bestimmten und be-

---

6) O. MAYER, aaO, S. 376 f.; vgl. ULMER-KRASSER, Unlauterer Wettbewerb, Bd. III, Frankreich, S. 61 ff.;

7) LOBE, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd. III, Materialien, S. 158 ff.; O. MAYER, aaO, S. 433;

8) SAINT-GAL, GRUR AIT 1957, 7 ff., 9; BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 2; ULMER, Unlauterer Wettbewerb, Bd. I EWG S. 6;

9) FINGER, UWG, 2. Aufl. S. 3; NERRETER, Grundlagen, S. 28;

10) M. KOHLER, aaO, S. 73; Bericht d. VI. Kommission zit. LOBE III S. 161; FINGER, aaO, S. 6;

11) FINGER, aaO, S. 4, 6;

12) FINGER, aaO, S. 4;

stimmbaren Tatbestandsmerkmalen. Obwohl in den französischen Gebieten des Rheinlandes noch die Vorschriften des Code civil galten, war es dort nicht gelungen, aus den Generalklauseln der Art. 1382, 1383 C. c. gegen deliktisches Handeln entsprechend der französischen Rechtsentwicklung ein Rechtsschutzsystem gegen den unlauteren Wettbewerb zu entwickeln. Versuche, ohne "klare" gesetzliche Grundlage mit diesen Normen unlauteren Wettbewerb zu bekämpfen, erstickte das Reichsgericht im Keime. [13] In einem "ungeheuerlichen Gegenteilsschluß" [14] kam das RG zu dem Ergebnis, daß im Wettbewerb alles erlaubt sei, was nicht verboten ist. Auch in anderen Gebieten Deutschlands gab es Rechtsvorschriften, die zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs geeignet gewesen wären, so z. B. Teil I Titel 6 §§ 1 - 21 des Pr. ALR.

b) Doch nicht nur diese Erfahrungen waren es, die den Gesetzgeber davon abhielten, eine Generalklausel zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in das UWG von 1896 mitaufzunehmen. Man hatte vor allem auch große Bedenken, den Ausdruck "unlauterer Wettbewerb" als Rechtsbegriff zu verwenden, da er eigentlich nur wirtschaftlichen Sinn besitze. [15]

c) Außerdem sei "unlauter" lediglich eine andere Bezeichnung für "unmoralisch" und "unsittlich"; es sei aber allgemein anerkannt, "daß die Gebiete der guten Sitten und des Rechts auseinandergehalten werden müssen, daß das Recht an die Unsittlichkeit nicht unmittelbare Rechtsfolgen anknüpfen darf, daß vielmehr die Wirksamkeit des Rechts nur dort beginnt, wo eine unlautere Gesinnung durch eine Störung der Rechtsordnung in Erscheinung tritt". [16]
Dem liegt die Theorie zugrunde, daß die Gebote des Rechts und der Moral zwei exzentrische Kreise bilden, die sich überschneiden, und daß "die den Konkurrenten schädigende Unlauterkeit" dort liege, wo unmoralisches Verhalten zugleich unrecht sei, wo sich also die Vorschriften der Moral und des Rechts decken. [17]
Als unmoralisches und unsittliches Verhalten, das zu einer Störung der Rechtsordnung führt, wurden die im UWG von 1896 geregelten fünf Materien (schwindelhafte Reklame, Quantitätsverschleierung, üble Nachrede, Eingriff in das Firmenrecht, Verrat von Geheimnissen) angesehen, weswegen sich die Überschrift: "Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs" als zusammenfas-

13) RGZ 3, 68;
14) BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 11;
15) M. KOHLER, aaO, S. 73;
16) Bericht der VI. Kommission zit. LOBE III Mat. S. 162;
17) R. ALEXANDER-KATZ, Verhandlungen des 23. Deutschen Juristentags 1895, S. 144; M. KOHLER, aaO, S. 9; KRAFT, Interessenabwägung, S. 111;

sende Inhaltsangabe auf alle im Gesetz geregelten Materien bezog. Die Normen des UWG von 1896 sind nach ihrer Entstehungsgeschichte der "Ausfluß eines einheitlichen sittlich-rechtlichen Bewußtseins". [18]

Nach M. KOHLER ist "unlauterer Wettbewerb", in begrifflicher Allgemeinheit gefaßt, "jedes Streben eines Gewerbetreibenden, unter Verdrängung seiner Gewerbegenossen auf die Deckung der Bedürfnisse eines Abnehmers ausschließlichen Einfluß zu erlangen, das sich solcher Mittel bedient, welche nach den zur Zeit geltenden Anschauungen von Anstand und guter Sitte und den Grundbegriffen der Moral als unerlaubt gelten". [19]

B. DIE BEGRIFFE "UNLAUTERER WETTBEWERB" UND "SITTENWIDRIGER WETTBEWERB" BEI ERLASS DES UWG VON 1909

Die Vorschriften des UWG von 1896, die von Anfang an nicht als erschöpfende Regelung des Rechts zur Bekämpfung von unlauterem Wettbewerb gedacht waren, sondern die sich nur gegen besonders nachteilige Mißbräuche der Wettbewerbsfreiheit richteten, wurden den wirtschaftlichen Erfordernissen nicht gerecht und verlangten bald nach der Ergänzung durch eine Generalklausel gegen unlauteren Wettbewerb.

Deshalb hatte man, nachdem am 1.1.1900 das BGB in Kraft getreten war, keine Bedenken, die generalklauselartigen Deliktsvorschriften des BGB, insbesondere § 826 BGB, zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, vor allem von Boykott, Sperre und Diskriminierung, heranzuziehen. [20] Mit § 826 BGB hoffte man, alle übrigen Formen unlauteren Wettbewerbs, die von den Spezialvorschriften des Wettbewerbsrechts nicht erfaßt wurden, bekämpfen zu können. [21]

Von hier aus war es nur noch ein kleiner Schritt, bei der Neufassung des UWG vom 7.6.1909 in Anlehnung an Art. 1382 Code civil [22] eine Generalklausel zur Bekämpfung jeglichen unlauteren Wettbewerbs an die Spitze des UWG zu stellen, die den Wortlaut von § 826 BGB für die Zwecke des Wettbewerbsrechts nur geringfügig modifizierte:

§ 1 UWG (1909) verlangt zusätzlich, daß der Verstoß gegen die guten Sitten "im Geschäftsverkehr" und "zu Zwecken des Wettbewerbs" erfolgt. Von dem

---

18) NERRETER, Grundlagen S. 26 f.; vgl. KROITZSCH, GRUR 1965, 15 f.;
19) M. KOHLER, aaO, S. 8;
20) ULMER, Unlauterer Wettbewerb Bd. I EWG S. 8;
21) FINGER, UWG, 2. Aufl. S. 7;
22) ROSENTHAL, UWG, 4. Aufl. § 1 Anm. 1;

Erfordernis der vorsätzlichen Schädigung, wie es § 826 BGB enthält, wurde dagegen in § 1 UWG abgesehen, da die Sittenwidrigkeit ohnehin Vorsatz voraussetze.

§ 1 UWG hatte den Zweck, die Bekämpfung aller Erscheinungsformen unlauteren Wettbewerbs zu ermöglichen. [23] Nach der Entstehungsgeschichte von § 1 UWG sollte seine Stellung an der Spitze des UWG "schon äußerlich zeigen, daß die in § 1 enthaltene Generalklausel das ganze Gesetz beherrsche" und daß sie überall da eingreifen soll, "wo die Einzelvorschriften des Gesetzes nicht ausreichen". [24]

Dabei waren sich der Reichstag und die Vertreter der Reichsregierung dessen bewußt, daß § 1 UWG die ihm folgenden Spezialbestimmungen, die aus dem UWG von 1896 übernommen und zur Verstärkung des Schutzes verbessert worden waren [25], ersetzen könnte. [26] Der Antrag, diese Einzeltatbestände gegen unlauteren Wettbewerb, die nur die Bedeutung von Beispielen haben und begrifflich alle unter die Generalklausel des § 1 UWG fallen würden, abzuschaffen, wurde jedoch mit der Begründung abgelehnt, "daß die Erläuterung von Blankettbegriffen durch Beispiele immer empfehlenswert sei; wenn man sie streiche, verliere das Gesetz an Lebenskraft". [27] Die Spezialbestimmungen des UWG könnten als "Richtlinie für die Anwendung von § 1 UWG" angesehen werden [28], und dem "mit der Materie noch nicht vertrauten Richter" einen gewissen Halt geben. [29]

Der Begriff des "unlauteren Wettbewerbs" fand also auch in das UWG von 1909 keinen Eingang in Form einer Generalklausel. Nur der Tatbestand des Geheimnisverrats (§ 12 UWG v. 1909) verwendet den Ausdruck "unlauter" als Tatbestandsmerkmal.

Aus der Gesetzesgeschichte des UWG von 1909 ergibt sich also:

1. Unlauterer Wettbewerb setzt einen Moralverstoß voraus. Es besteht kein Grund für die Annahme, daß bei der Schaffung des UWG von 1909 unter dem Be-

---

23) FIKENTSCHER, Festschrift für Hallstein, S. 129; KRAFT, Interessenabwägung S. 119; ROSENTHAL, aaO; ULMER, Unlauterer Wettbewerb Bd. I EWG S. 9;

24) RGZ 79, 327 (3. 5. 1912); TETZNER, UWG, 2. Aufl. § 1 Anm. 1 f.; vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. § 1 UWG Anm. 1; HUBMANN, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 239;

25) ULMER, aaO;

26) JUNCK, GRUR 1928, 208;

27) LOBE, GRUR 1910, 9; Kommissionsbericht S. 8, zit. LOBE aaO;

28) DROSTE, DB 1963, 722;

29) JUNCK, GRUR 1928, 208 f.;

griff "unlauterer Wettbewerb" und unter "unmoralischem, unsittlichem Wettbewerb" etwas anderes verstanden wurde als bei der Abfassung des UWG von 1896.

2. Die Vorschriften des UWG von 1909 richten sich gegen unlauteren Wettbewerb. Die Gesetzesüberschrift "Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb" ist noch immer durch den Inhalt des Gesetzes gerechtfertigt.

3. Auch die Einzeltatbestände des UWG von 1909 richten sich gegen moralwidrigen, weil unlauteren Wettbewerb.

4. Die Generalklausel des § 1 UWG sollte eine umfassende Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs ermöglichen. Die Spezialbestimmungen der §§ 3 ff. UWG wurden nur als Beispiele sittenwidrigen Wettbewerbs verstanden. [30] Jeder unlautere Wettbewerb im Sinne des UWG wurde begrifflich auch als sittenwidriger Wettbewerb angesehen.

C. WANDLUNG DER BEGRIFFE "UNLAUTERER WETTBEWERB" UND "SITTENWIDRIGER WETTBEWERB" NACH ERLASS DES UWG (1909)

Unmittelbar nach Erlaß des UWG von 1909 bahnte sich jedoch bereits ein Wandel im Verständnis der Begriffe "unlauterer Wettbewerb" und "sittenwidriger Wettbewerb" an.
1896 und 1909 wurden noch alle vom UWG verbotenen Wettbewerbshandlungen als Formen unlauteren und nach damaligem Verständnis unmoralischen Wettbewerbs angesehen, d.h. auch ein Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 3 ff. UWG wurde als moralwidrig und als ein Verstoß gegen die guten Sitten im Wettbewerb betrachtet. § 1 UWG stand als Generalklausel gegen unlauteren Wettbewerb, als Lex generalis gleichwertig neben den Spezialvorschriften der §§ 3 ff. UWG.
Nach Erlaß des UWG von 1909 wandelte sich aber das Verständnis der Begriffe "sittenwidriger Wettbewerb" und "unlauterer Wettbewerb" und auch das Verhältnis von § 1 UWG zu den Einzeltatbeständen der §§ 3 ff. UWG wurde anders bestimmt. Man ging davon aus, daß nicht jede rechtswidrige Handlung zugleich sittenwidrig ist; nicht jedes gesetzliche Verbot enthalte zugleich eine sittliche Mißbilligung, wie etwa bloße Ordnungsvorschriften oder gewerbepolizeiliche

30) CALLMANN, UWG 2. Aufl. 1932, § 1 Anm. 1; JUNCK, GRUR 1928, 209; LOBE, GRUR 1910, 10;

Vorschriften. [31] "Gesetzwidriges Verhalten als solches" sei noch nicht sittlich verwerflich, da viele Gesetze lediglich auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen und nicht der Ausfluß sittlicher Wertungen sind. [32] Das zeige auch deutlich das Verhältnis von § 138 BGB zu § 134 BGB. [33] Der bloße Verstoß gegen eine Gesetzesvorschrift begründe noch keine Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB. § 138 BGB sei nur anwendbar, wenn die verletzte Norm auch sittlichen Gehalt hat. [34] Dasselbe gelte auch für das Wettbewerbsrecht. Nicht jede unerlaubte Wettbewerbshandlung sei schon sittenwidrig und unlauter. Vielmehr habe man zwischen unlauterem und unerlaubtem Wettbewerb zu unterscheiden. [35] Auch bei der spezifisch wettbewerbsrechtlichen Wertung nach § 1 UWG seien "Sittenwidrigkeit" und "Rechtswidrigkeit" nicht gleichzustellen.
Bei den Vertretern dieser Ansicht herrscht jedoch keine Klarheit darüber, welche Wettbewerbshandlungen sittenwidrig, unlauter, "bloß unrecht" und unerlaubt sind.
Zwei Beispiele sollen dies verdeutlichen:

I. Ansicht von CALLMANN

a. CALLMANN versteht unter unlauterem Wettbewerb den sittenwidrigen Wettbewerb. [36] "Er ist der schuldhaft rechtswidrige Wettbewerb, wobei das Verschulden im Bewußtsein der Sittenwidrigkeit liegen kann (gewollte Sittenwidrigkeit), aber nicht liegen muß, sondern auch im Nichterkennen der Sitten-

---

31) BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 58; HOHENECKER-FRIEDL, Wettbewerbsrecht, S. 15 f.;

32) HEFERMEHL, HWSW Bd. 12, 57; ders. GRUR 1957, 560; RGZ 115, 319 ff., 325; 166, 319;

33) RGZ 89, 199; BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG Anm. 60, § 1 UWG Anm. 342; HEFERMEHL, GRUR 1957, 560 f.; ROSENTHAL, aaO, § 1 Anm. 71 a; vgl. aber PLEYER, Zentralplanwirtschaft, S. 121 f.;

34) SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, BGB AT Bd. I 10, Aufl. § 138, 37;

35) RGZ 134, 350; BGH GRUR 1957, 558, 559; BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Allg. Anm. 73, Einl. UWG 53, 58, 60, 85 ff., 92, § 1 UWG 1, 2, 342, 344; BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE, S. 28; CALLMANN, aaO, S. 45; FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 109; GIESEKE GRUR 1950, 308; HEFERMEHL, HWSW Bd. 12, 57; ders. GRUR 1957, 560 f.; KNÖPFLE, Wettbewerb S. 30 Fußnote 7; ROSENTHAL, aaO; TETZNER, UWG 2. Aufl. § 1 Anm. 33, 38; ULMER, Unlauterer Wettbewerb I EWG 37;

36) CALLMANN, aaO, S. 45;

widrigkeit trotz Kenntnis all der Umstände bestehen kann, die hinreichen, damit sich der Handelnde von den Folgen der Handlungsweise eine Vorstellung machen kann". [37] Im Unterschied dazu ist "der unerlaubte Wettbewerb der nur objektiv rechtswidrige". [38]

b. Im Widerspruch dazu verwendet CALLMANN an anderer Stelle den Begriff "unlauterer Wettbewerb" als Oberbegriff, "der den objektiv rechtswidrigen, den subjektiv rechtswidrigen und darüber hinaus den durch die Sittenwidrigkeit qualifizierten subjektiv rechtswidrigen Wettbewerb" umfaßt, wobei "der sittenwidrige, also der unlautere Wettbewerb ... ein unsittlicher oder ein ungesitteter sein" kann. [39]

II. Ansicht von BAUMBACH-HEFERMEHL

a. Unlauterer Wettbewerb und sittenwidriger Wettbewerb

Nach der Ansicht von HEFERMEHL decken sich die Begriffe "Sittenwidrigkeit" und "Unlauterkeit". Eine Wettbewerbshandlung ist immer, aber auch nur dann unlauter, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt und damit den Tatbestand von § 1 UWG erfüllt. [40]
Nach HEFERMEHL muß zwischen "unlauterem" und "bloß unrechtem" Wettbewerb unterschieden werden. [41] Diese seien unter dem Oberbegriff des "unerlaubten" Wettbewerbs zusammenzufassen. Dabei erfordere eine unlautere Wettbewerbshandlung immer einen Verstoß gegen die guten Sitten. Ein solcher sei aber nur bei einer sittlich verwerflichen Handlung gegeben. [42]
Da das Wirtschaftsrecht und speziell das Wettbewerbsrecht nicht immer an sittlichrechtliche Postulate anknüpfe, sondern lediglich eine Ordnung im Sinne einer praktisch-zweckmäßigen Angleichung wirtschaftlicher Interessen erreichen wolle [43], stelle nicht jede Verletzung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften

---

37) CALLMANN, aaO, S. 45 f.;
38) CALLMANN, aaO, S. 46;
39) CALLMANN, aaO, S. 47;
40) BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG 58, 76, 79, 85 ff., 91; ebenso KROITZSCH, GRUR 1965, 14;
41) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG 85 ff.;
ebenso REIMANN, Zur Unrechtsbewertung im Wettbewerbsrecht, WRP 1967, 42; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, Bd. III Deutschland, S. 9 f.;
42) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO;
43) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG Anm. 87.

einen Verstoß gegen die "guten Sitten" nach § 1 UWG dar. Eine Wettbewerbshandlung, die das Wettbewerbsrecht verletzt, ohne gegen die guten Sitten zu verstoßen, sei nicht unlauter. Vielmehr handle es sich um eine "bloß unrechte" Wettbewerbshandlung.
Dem entspricht ganz die Auffassung des BKartA im Beschluß über die Wettbewerbsregeln des Kfz-handels vom 18.3.1963 [44], wonach die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs, die mit dem Gebot der guten Sitten identisch sind, als "Sonderfall wettbewerbsrechtlich unzulässigen Verhaltens" aufzufassen sind.
Zu diesen "bloß unrechten" Wettbewerbshandlungen sind nach HEFERMEHL zu rechnen [45]:

1. "Wettbewerbshandlungen, die nicht gegen das UWG, sondern gegen sonstige Vorschriften des Wettbewerbsrechts verstoßen", also gegen die Vorschriften der Nebengesetze des UWG [46]. Aber auch Verstöße gegen Vorschriften des Wirtschaftsverfassungsrechts, insbesondere marktordnender Art, sind, soweit sie überhaupt als Schutzvorschriften zugunsten des einzelnen Wettbewerbers diesem Ansprüche geben können (§ 823 II BGB, § 35 GWB), hier einzuordnen [47].

2. Weiterhin gehören hierher "Wettbewerbshandlungen, die gegen die Sondervorschriften des UWG verstoßen, ohne jedoch sittenwidrig sein zu müssen". [48] Dazu gehören die unerlaubte Werbung (§ 3 UWG) [49], unerlaubte Sonder- und Ausverkäufe (§§ 6 - 10 UWG) und die unerlaubte Benutzung geschäftlicher Bezeichnungen (§ 16 UWG).

b. Unerlaubter Wettbewerb als unlauterer Wettbewerb i.w.S.

Da das UWG aber nicht "Gesetz gegen den unerlaubten Wettbewerb" heißt, obwohl es auch Tatbestände angeblich nur unerlaubten aber nicht unlauteren Wettbewerbs regelt, stellt jedoch HEFERMEHL bei der Behandlung der §§ 28 ff. GWB fest, daß das UWG, wie sich aus der Gesetzesüberschrift ergebe, den Ausdruck "unlauter" in einem umfassenderen Sinne gebrauche da es auch Tatbe-

---

44) BKartA WuW/E/BKartA 612;
45) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG Anm. 85 ff.;
46) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG Anm. 87;
47) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO;
48) BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 86;
49) Nach FIKENTSCHER, Die Preislistentreue im Recht der Werbeagenturen, 1968, S. 36 behandelt § 3 UWG einen Ausschnitt aus den unlauteren Wettbewerbsmethoden i.S.d. § 1 UWG. Nach dem systematischen Verhältnis von § 1 und 3 UWG stelle ein Verstoß gegen § 3 UWG zugleich auch einen Verstoß gegen § 1 UWG dar.

stände enthalte, die kein sittlich-rechtliches Werturteil einschließen, wie eben die §§ 3, 6 - 10, 16 UWG. [50] Derselben Ansicht ist auch WALDE, wenn er ausführt, daß "man den Begriff l a u t e r nicht nur in dem auf die Sittlichkeit bezogenen Sinne, wie er in § 1 UWG gebraucht wird, sondern in der umfassenderen Bedeutung, die seiner Stellung in der Überschrift des UWG entspricht" [51], verstehen müsse. Im Widerspruch dazu steht es allerdings, wenn WALDE unmittelbar vorher die Einteilung von HEFERMEHL in sittenwidrigen (unlauteren) und unrechten Wettbewerb für "sachgerecht und brauchbar" hält. [52]

D. ZUSAMMENFASSUNG :

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß sowohl der Begriff der "Unlauterkeit" als auch der der "Sittenwidrigkeit" in zwei verschiedenen Bedeutungen gebraucht werden:

I. Unlauterkeit

a. Unlauterkeit im weiteren Sinne

Unlauter i. w. S. sind alle Wettbewerbshandlungen, die durch die Vorschriften des UWG und andere wettbewerbsrechtliche Bestimmungen verboten werden. [53]

1. Dabei umfaßt nach der einen Ansicht der unlautere Wettbewerb sowohl den sittenwidrigen Wettbewerb als auch den "bloß unrechten" Wettbewerb. Sittenwidrig ist eine Wettbewerbshandlung, wenn sie gegen ethisch fundierte Normen verstößt; bloß unrecht ist eine Wettbewerbshandlung, wenn sie nur Normen ordnender Zweckmäßigkeit verletzt, die nicht Ausdruck einer sittlichen Wertung sind. Unlauterer Wettbewerb i. w. S. setzt also nach dieser Ansicht keinen Moralverstoß voraus. [54]

---

50) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 28 Anm. 9;
51) WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 109;
52) WALDE, aaO;
53) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 28 Anm. 9; WALDE, aaO, S. 109;
54) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO;

2. Nach der anderen Ansicht sind auch bloß unrechte Handlungen, die zu Zwecken des Wettbewerbs begangen werden, moralwidrig und damit sittenwidrig. Auch die Vorschriften der §§ 3 ff. UWG werden als Vorschriften gegen unlauteren und moralwidrigen Wettbewerb angesehen. [55]

b. Unlauterkeit im engeren Sinne

Unlauter i. e. S. sind alle Wettbewerbshandlungen, die gegen ethisch fundierte Normen verstoßen und damit sittenwidrig sind. Dem unlauteren (sittenwidrigen) Wettbewerb i. e. S. wird der bloß unrechte Wettbewerb gegenübergestellt, der als "ethikfrei" [56] angesehen wird. [57]

II. Sittenwidrigkeit

a. Sittenwidrigkeit im weiteren Sinne

Sittenwidrig i. w. S. sind alle Formen unlauteren Wettbewerbs i. w. S., also auch die Verstöße gegen die Vorschriften der §§ 3 ff. UWG.
Während aber die eine Ansicht das Erfordernis eines Moralverstoßes für die Begründung der Sittenwidrigkeit ablehnt [58], sieht die andere Ansicht auch in den sog. "bloß unrechten" Wettbewerbshandlungen Verstöße gegen die Wettbewerbsmoral. [59]

b. Sittenwidrigkeit im engeren Sinne

Sittenwidrig i. e. S. sind alle Wettbewerbshandlungen, die gegen ethisch fundierte Normen verstoßen (Unlauterkeit i. e. S.). Den sittenwidrigen Wettbewerbshandlungen i. e. S. sind die "bloß unrechten" Wettbewerbshandlungen gegenüberzustellen, die nur gegen Normen ordnender Zweckmäßigkeit verstoßen, die aber nicht der Ausdruck sittlicher Wertung sind. In den §§ 3 ff. UWG werden Vorschriften gegen den "bloß unrechten" Wettbewerb gesehen. [60]

---

55) JUNCK, GRUR 1928, 208; KRAFT, Interessenabwägung, S. 119; LOBE, GRUR 1910, 9;
56) Eugen LANGEN, KartG. 4. Aufl. 1966, § 28 GWB Anm. 16;
57) BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 85 ff., 92;
58) KRAFT, Interessenabwägung, S. 135;
59) Ansicht bei Erlaß des UWG von 1896 und von 1909;
60) BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 85 ff., 92;

KAPITEL 2:
Der Begriff "unlauterer Wettbewerb" im Wettbewerbsrecht (Recht des unlauteren Wettbewerbs; Unlauterkeitsrecht)

Solange der Begriff des "unlauteren Wettbewerbs" als Rechtsbegriff noch keine Verwendung fand, konnte es dahingestellt bleiben, ob man in allen Verstößen gegen Vorschriften des UWG unlauteren Wettbewerb sah, oder ob man nur sittenwidrigen Wettbewerb i. e. S. als unlauter ansah und alle anderen Wettbewerbsverstöße unter dem Begriff des "bloß unrechten" Wettbewerbs erfaßte.
Obwohl bereits das UWG von 1909 den Begriff "unlauter" in § 12 als Rechtsbegriff verwendete, so hat er doch erst mit Erlaß des GWB besondere Bedeutung erlangt.
Nicht nur die hier abgelehnte Lehre, daß sich der Anwendungsbereich von § 1 GWB auf den lauteren Wettbewerb beschränke, setzte eine Klärung des Begriffs des "unlauteren Wettbewerbs" voraus, mit den gegenläufigen Bestrebungen, einerseits bei der Auslegung von § 1 UWG die Begriffe "sittenwidrig" und "unlauter" möglichst restriktiv auszulegen, andererseits bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs von § 1 GWB möglichst wenige Formen des Wettbewerbs als lauter und nach § 1 GWB schützenswert zu behandeln, d. h. § 1 UWG möglichst extensiv auszulegen [61], was zur Theorie der "grauen Zone" als einem Zwischenbereich zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb führte.
Auch die Auslegung von § 28 II GWB forderte nach Erlaß des GWB eine Klärung des Begriffs der "Unlauterkeit" im Wettbewerbsrecht.

I. "Unlauterer Wettbewerb" und die Sondertatbestände des UWG

a. Gesetzesüberschrift

Das UWG gebraucht den Begriff "unlauter", wie sich aus der Gesetzesüberschrift ergibt, in einem umfassenden Sinne (unlauter i. w. S.) [62]. Nicht nur der nach § 1 UWG sittenwidrige Wettbewerb, sondern auch der nach §§ 3 ff. UWG "bloß unrechte" Wettbewerb ist im Sinne des UWG unlauter, wobei hier noch dahingestellt bleiben soll, in welchem Verhältnis der sittenwidrige und der "bloß unrechte" Wettbewerb zueinander stehen.

---

61) KOENIGS, NJW 1961, 1042;
62) BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. GWB § 28 Anm. 9;

Die Überschrift des UWG von 1909 bezieht sich, wie bereits die des UWG von 1896, als umfassende Inhaltsangabe auf alle in ihm geregelten Tatbestände, d.h. auch auf die in den §§ 3 ff. UWG verbotenen Wettbewerbshandlungen. Wettbewerbshandlungen, die gegen die Vorschriften der §§ 3 ff. UWG verstoßen, sind im Sinne des UWG nicht mehr lauter und folglich unlauter, da es sich bei den Begriffen "lauter" und "unlauter" um ein kontradiktorisches Begriffspaar handelt [63], das keinen Zwischenbereich der "grauen Zone" zuläßt.
Es geht nicht an, einen vom Gesetz gebrauchten Begriff anders zu interpretieren, als ihn das Gesetz offensichtlich selbst gebraucht.
Selbst wenn es sich nach dem Sprachgebrauch und nach philosophischem Verständnis bei den Formen des sog. "bloß unrechten" Wettbewerbs nicht um unlauteren, moralwidrigen und unsittlichen Wettbewerb handeln würde, so genügt das nicht, einen vom Gesetzgeber verwendeten Begriff anders zu interpretieren, als es der Gesetzgeber wollte oder gar diesen Begriff durch einen anderen zu ersetzen. Auch wenn das UWG richtigerweise "Gesetz gegen den unerlaubten Wettbewerb" heißen müßte [64], so ändert das nichts an der Tatsache, daß die im UWG verbotenen Wettbewerbshandlungen im Sinne des UWG "unlauter" sind. Im Rechtssinne umfaßt der "unlautere Wettbewerb" auch den nach dem UWG "bloß unrechten", unerlaubten Wettbewerb.

b. Gesetzesgeschichte

Die Gesetzesgeschichte hat gezeigt, daß der Gesetzgeber sowohl im UWG von 1896 als auch im UWG von 1909 alle im Gesetz verbotenen Wettbewerbshandlungen als moralwidrig und damit als unlauter ansah. Die Gesetzesüberschrift des UWG von 1896, die noch keine Generalklausel gegen den unlauteren Wettbewerb kannte, wäre gar unverständlich, wenn es sich mit seinen speziellen Tatbeständen, die in verbesserter Form in das UWG von 1909 übernommen wurden, nicht gegen unlauteren Wettbewerb gerichtet hätte, sondern nur gegen unerlaubten, "bloß unrechten" Wettbewerb.

---

63) WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 91;

64) BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 85; BECHER, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. Einl. Anm. 5; ROSENTHAL, UWG 8. Aufl. S. 7; KNÖPFLE, Wettbewerb, S. 30 Fußnote 7; TETZNER, UWG 2. Aufl. Vorb. 4; ALEXANDER-KATZ, Moderne Fälle unlauteren Wettbewerbs, 2. Aufl. S. 1;

c. "Makeltheorie"

Bloße Rücksichtnahme auf solche Wettbewerber, die "bloß unrechten" Wettbewerb getrieben haben, dahingehend, sie vor dem Makel zu bewahren, sich im Wettbewerb unlauter verhalten zu haben, rechtfertigt es auch nicht, einen vom Gesetz gebrauchten Begriff im Widerspruch zu der vom Gesetzgeber sowohl nach der subjektiv-historischen als auch nach der objektiven ("Andeutungstheorie": Gesetzesüberschrift) Auslegungsmethode beabsichtigten Bedeutung zu interpretieren.

d. Würdigung der Argumente

Bereits diese Gründe rechtfertigen den Schluß, daß nicht nur solche Wettbewerbshandlungen im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts nach dem Willen des Gesetzgebers, wie er auch im Gesetz selbst seinen konkreten Niederschlag gefunden hat, unlauter sind und damit den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs widersprechen, die gegen ethisch fundierte Normen im Sinne der herrschenden Meinung verstoßen, sondern zumindest auch die Wettbewerbshandlungen, die gegen die Vorschriften der §§ 3 ff. UWG verstoßen, die angeblich weder selbst ethisch fundiert sind, noch ihrerseits (wettbewerbs-)moralische Verhaltensnormen aufstellen.

II. "Unlauterer Wettbewerb" und die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften außerhalb des UWG

Was für Wettbewerbshandlungen gilt, die gegen die §§ 3 ff. UWG verstoßen, muß für die zweite Gruppe "bloß unrechter" Wettbewerbshandlungen, die nicht Normen des UWG, sondern andere wettbewerbsrechtliche Vorschriften verletzen, entsprechend gelten. Denn von den nach h. M. nicht sittlich-rechtlich fundierten Normen des UWG unterscheiden sich diese Vorschriften qualitativ nicht. Keine ausreichende Begründung wäre es, solche Wettbewerbshandlungen nur deshalb als "bloß unrecht" und nicht als "unlauter" zu qualifizieren, weil sie nicht von den Vorschriften des UWG erfaßt werden. Es ist mehr dem Zufall als einer bestimmten Absicht des Gesetzgebers zuzurechnen, daß die Vorschriften des RabG oder der ZugabeVO in eigenen Gesetzen und nicht im UWG aufgeführt sind. Mit Recht werden das RabG und die ZugabeVO daher auch als Nebengesetze des UWG bezeichnet. Wie z. B. die Vorschriften gegen unerlaubte Sonder- und Ausverkäufe im UWG dienen auch die des RabG und der ZugabeVO dem Schutz des Leistungs-

wettbewerbs, der als indizierendes Kriterium für die Sittenwidrigkeit und Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung herangezogen wird. Der Unterschied ist lediglich darin zu sehen, daß die Vorschriften des RabG und der ZugabeVO formalisierte Tatbestände unlauteren Wettbewerbs darstellen. [65]
Neben dem UWG und seinen Nebengesetzen gehören zum allgemeinen Wettbewerbsrecht das Namens-, Firmen-, sowie das Warenzeichen- und Ausstattungsrecht. [66] Weiterhin gehören hierher die wettbewerbsrechtlich relevanten Vorschriften des Patent- und Urheberrechts. Die in diesen Rechtsgebieten enthaltenen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften gehören systematisch zum Recht des unlauteren Wettbewerbs. Die enge Verzahnung dieser Rechtsgebiete mit dem Recht des unlauteren Wettbewerbs zeigt sich besonders deutlich in § 16 UWG [67].

III. Ergebnis :

Unlauter im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts sind alle Wettbewerbshandlungen, die gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften verstoßen. Dazu gehören sowohl alle sittenwidrigen Wettbewerbshandlungen i. S. d. § 1 UWG als auch alle "bloß unrechten" Wettbewerbshandlungen, die gegen angeblich sittlich-rechtlich neutrale Vorschriften verstoßen.
Der unlautere Wettbewerb i. S. d. allgemeinen Wettbewerbsrechts ist identisch mit dem unerlaubten Wettbewerb.

Damit ist begrifflich geklärt, was unter unlauterem Wettbewerb und dementsprechend unter den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs" zu verstehen ist.
Eine inhaltliche Klärung des Begriffs des "unlauteren Wettbewerbs" ist damit jedoch erst zu einem Teil gewonnen.

a. Nur soweit das allgemeine Wettbewerbsrecht in inhaltlich konkret bestimmten Spezialtatbeständen regelt, was im Wettbewerb erlaubt und was im Wettbewerb verboten ist, bringt die begriffliche Klärung des Begriffs "unlauterer Wettbewerb" zugleich eine inhaltliche Klärung.

b. Soweit dagegen der unlautere Wettbewerb seinen Inhalt aus dem Gebot der guten Sitten nach § 1 UWG erhält, setzt dies eine inhaltliche Klärung des Begriffs des sittenwidrigen Wettbewerbs voraus. Wie der Begriff der Unlauterkeit,

---

65) FIKENTSCHER, Die Preislistentreue im Recht der Werbeagenturen, S. 36 f.;
66) BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Allg. Anm. 88, 94;
67) WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 109;

so wird - wie bereits gezeigt - auch der der Sittenwidrigkeit in einem engen und einem weiten Sinne verstanden.' Da die meisten Verhaltensnormen des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht aus seinen Spezialvorschriften, sondern aus § 1 UWG entwickelt wurden, bestimmt die Auslegung des Begriffs der guten Sitten i. S. v. § 1 UWG zugleich maßgeblich die des Begriffs "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" i. S. v. § 28 II GWB. Je enger man den Begriff des sittenwidrigen Wettbewerbs auslegt, desto kleiner wird einerseits der Anwendungsbereich für Lauterkeitsregeln nach § 28 II 1 GWB und desto größer der für Wettbewerbsförderungsregeln nach § 28 II 2 GWB; dasselbe gilt entsprechend umgekehrt.

T E I L V

DER SITTENWIDRIGE WETTBEWERB

KAPITEL 1:
Der Rechtsbegriff der "guten Sitten"

A. BESTEHENDE SITTEN ALS MAßSTAB ?

§ 1 UWG verweist auf den Rechtsbegriff der guten Sitten. Damit bringt das Gesetz deutlich zum Ausdruck, daß nicht die bestehenden Sitten, d.h. die geübten und befolgten Konventionen im Geschäftsverkehr unmittelbar Maßstab für den Wert oder Unwert einer Wettbewerbshandlung sein können. [1]

Denn:

1. Geübte und befolgte Sitten im Wettbewerb können, selbst wenn sie von allen oder von einer Mehrheit von Geschäftsleuten in einer Branche geübt werden, auch Unsitten sein. [2] Gerade solche Unsitten im Wettbewerb, die zu einem ruinösen Wettbewerb führten, waren der Anlaß für die Schaffung des UWG von 1896 und seiner Neufassung von 1909 gewesen. [3]

2. Andererseits gibt es Branchen, in denen ein sehr strenges "Berufsethos" herrscht [4], dessen Durchsetzung mit Hilfe von § 1 UWG eine Fortsetzung des Zunftwesens bedeuten würde. Mit Hilfe eines solchen Berufsethos könnte der Sinn und Zweck unserer marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung zunichte gemacht werden. Solche strengen Wettbewerbssitten, die dem Sinn und Zweck des GWB widersprechen, kommen also als Maßstab für die guten Sitten im Wettbewerb ebenfalls nicht in Betracht.

3. Eine Beurteilung neuer Wettbewerbsmethoden, für die sich noch keine Sitte gebildet hat, wäre nicht möglich. [5] Es bestünde sogar die Gefahr, daß neue Wettbewerbsmethoden schon deshalb als den guten Sitten widersprechend und damit als sittenwidrig i.S.v. § 1 UWG untersagt werden könnten, weil sie nicht den bestehenden Sitten entsprechen.
Umgekehrt kann bei neuen Wettbewerbsmethoden nicht solange gewartet werden,

---

1) Siehe RGZ 48, 114, 125; BGHZ 10, 228, 232;
2) BGH GRUR 1955, 542; 1956, 223;
3) BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 51;
4) Vgl. BGH "Export ohne WBS" WuW/E/BGH 452 ff.;
5) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO;

bis sich eine Sitte - und eventuell eben eine Unsitte - herausgebildet hat, die dann selbst als Maßstab für die guten Sitten im Wettbewerb verwendet werden kann.

Vielmehr ist ein Maßstab erforderlich, der es erlaubt, jede Wettbewerbshandlung sofort auf ihren Wert oder Unwert zu beurteilen. Deshalb stellt auch KIRCHBERGER, der verlangt, daß eine "gute Sitte" objektiv nachgewiesen werden müsse, für den Fall, daß eine solche nicht nachweisbar ist, inkonsequent auf Normen höherer Ordnung, wie der Sittlichkeit, der Religion und des Rechts ab, um zu bestimmen, ob eine Wettbewerbshandlung verwerflich ist oder nicht. [6]

Dabei stellt sich zwangsläufig die Frage, weswegen nicht gleich von Anfang an auf die Normen der Sittlichkeit, der Religion und des Rechts als Normen höherer Ordnung abgestellt wurde, wenn diese in der Lage sind, den Maßstab dafür zu geben, ob eine Sitte oder Wettbewerbshandlung noch gut ist. Auch ist diese Theorie dann untragbar, wenn sich Konventionalnormen herausgebildet haben, die nicht mit der geltenden Rechtsordnung in Einklang stehen, weil sie entweder nie an den Maßstäben der Rechtsordnung gemessen worden sind, und sich so zu Konventionalnormen verfestigen konnten, oder weil sich die Rechtsordnung inzwischen geändert hat. So konnte z. B. nach h. M. das GWB auf die Auslegung des Begriffs der guten Sitten nicht ohne Einfluß bleiben. [7] Die Rechtsordnung müßte nach dieser Theorie hinter den Konventionalnormen zurückstehen, wenn sich diese trotz widersprechender Rechtsnormen verfestigen konnten oder vor Einführung widersprechender gesetzlicher Vorschriften bereits bestanden. Die Überprüfung einer Wettbewerbshandlung am Maßstab der guten Sitten würde nach dieser Theorie zu verschiedenen Ergebnissen führen können, je nach dem, ob sich Konventionalnormen, die der Rechtsordnung widersprechen, vor oder nach dem Erlaß entgegenstehender Rechtsvorschriften gebildet haben. Das beweist, daß bei der Ermittlung der guten Sitten nicht auf die bestehenden Sitten abgestellt werden kann. Der Inhalt der guten Sitten bestimmt sich nicht nach dem, was ist, sondern danach, was sein soll.

---

6) KIRCHBERGER, Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb, 1931, S. 54, zit. KRAFT, Interessenabwägung, S. 109;

7) FIKENTSCHER, Rechtsschutz S. 300; ders. Festschrift für Hallstein, S. 135; KOENIGS, NJW 1961, 1041; RHEINFELS, WuW 1956, 787 f.; RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 253; BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Allg. Anm. 79, Einl. UWG Anm. 74; BKartA WuW/E/BKartA 73 ff., 76; 609 ff., 621 ff.; TB 1963, 28;

B. GEBOTE DER ETHIK, MORAL UND SITTLICHKEIT

Bei der Bestimmung des Begriffs der guten Sitten kommt es also nicht auf das an, was ist, sondern auf das, was sein soll. [8] Denn "gut" bedeutet nichts anderes als "einer verbindlichen Norm entsprechend" oder einfach "gesollt". [9] Gute Sitten sind also "gesollte Sitten". [10] Was gesollt ist, bestimmen die Vorschriften der Ethik, Moral und Sittlichkeit im weitesten Sinne. [11] Da die guten Sitten nicht auf ein Sein, sondern auf ein Sollen abstellen, sei die Sittlichkeit und nicht die Sitte die tragende Grundlage für die Auslegung des Begriffs der guten Sitten. [12]
Ethische Gesichtspunkte seien bei der Auslegung des Begriffs der guten Sitten maßgebend. § 1 UWG diene der Durchsetzung sittlicher Grundsätze, so daß ein Zurückgreifen auf den Maßstab der Sittlichkeit bei der Bestimmung der guten Sitten unvermeidlich sei. [13] Das metajuristische Urteil über den unlauteren Wettbewerb stamme aus dem Bereich der allgemein zugänglichen Moral. [14]
Die Regeln der guten Sitten seien dem Bereich der objektiven Moral zu entnehmen, "und weil sich in ihnen die moralischen Anschauungen der Gesamtheit ausdrücken, deshalb kann ihr Inhalt mit dem divergieren, was die Anschauung, besser die Gesinnung des einzelnen von diesem fordert". [15] Die Beurteilung einer Wettbewerbshandlung sei nicht nur mit individualsittlichen, sondern auch mit sozialsittlichen Maßstäben vorzunehmen. [16]

Was ist jedoch mit dem Verweis auf die Sittlichkeit, Ethik und Moral gewonnen ? Vom Wortsinn her verweist der Begriff der Sittlichkeit seinerseits wieder nur auf das, was gute Sitte sein soll, Sitt-lich ist, was den guten Sitten entspricht.

Unter der Ethik versteht man die Lehre vom richtigen Handeln, vom "gesollten"

---

8) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG Anm. 51; REIMANN, WuW 1957, 621;
9) KELSEN, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. S. 69;
10) Vgl. HEINTZELER, Preisunterbietung, 1931, S. 24;
11) MESSNER, ÖZöR 1965, 471;
12) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO; REIMANN, aaO; Vgl. KRAFT, Interessenabwägung, S. 111; FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 109; HERZOG, Zum Begriff der guten Sitten im BGB, 1910, S. 114 ff.; HEINTZELER, aaO;
13) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG Anm. 53;
14) FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 111;
15) HERZOG, aaO, S. 106;
16) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG Anm. 73;

Handeln [17], vom menschlichen Sollen. [18] Die Begriffe "Sittlichkeit", "Ethik" und "Moral" bringen nur eine Umschreibung des Begriffs der guten Sitten und der Lehre von den guten Sitten, sagen aber selbst noch nichts über den Inhalt und über die Bestimmungsgründe der guten Sitten aus. Inhalt und Bestimmungsgründe sind es aber allein, die für die Auslegung des Rechtsbegriffs der guten Sitten gesucht werden.

I. Philosophische Lehren zur Ethik, Moral und Sittlichkeit

Die Frage nach den Bestimmungsgründen für sittliches und moralisches Verhalten gehört seit altersher zu den Grundproblemen der Philosophie. Eine einheitliche Lösung der Frage nach den Bestimmungsgründen für den Wert oder Unwert einer Handlung gibt es nicht. Die verschiedenen Ansatzpunkte der Philosophie spiegeln sich in den Versuchen, den Rechtsbegriff der "guten Sitten" auszulegen, wieder.

Das macht es erforderlich, auf die Bestimmungsgründe für sittliches und moralisches Verhalten im Sinne der Philosophie insoweit einzugehen, als es für die Auslegung des Rechtsbegriffs der "guten Sitten" von Bedeutung ist. Nur so lassen sich widersprüchliche Versuche, den Rechtsbegriff der guten Sitten zu interpretieren, verstehen und nur so läßt sich klären, welches Verständnis der Ethik, Moral und Sittlichkeit für die Auslegung des Rechtsbegriffs der guten Sitten maßgeblich ist.

a. Autonome Ethik - heteronome Ethik

Für die ethische Beurteilung einer Handlung kann auf autonome oder auch auf heteronome Bestimmungsgründe abgestellt werden.

Die autonome Ethik erklärt den Menschen selbst für befähigt, "sich das Sittengesetz, das er sich zur Richtschnur sittlichen Handelns macht, zu geben" [19], "denn frei - und alsdann auch sittlich gut - kann nur ein Wille sein, der durch ein Gesetz bestimmt wird, das er (soll heißen: die wollende Person) sich selbst

17) MESSNER, aaO;
18) HEINTZELER, aaO, S. 25;
19) J. HOFFMEISTER, "Ethik" in: Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 2. Aufl. 1955, S. 220;

gibt" [20]. Die autonome Sittlichkeit erkennt dem Menschen also die Fähigkeit zu, "den Anruf des sittlichen Sollens in der Stimme des Gewissens zu erleben" [21]. Das Gewissen des einzelnen ist das Zentrum der autonomen Sittlichkeit [22]. Eine solche autonome Ethik gibt der Willkür einer Person nicht freie Bahn, denn die sittlich frei entscheidende Person handelt nach dieser autonomen Ethik nur sittlich, wenn sie wollen kann, daß die Maxime für ihr Handeln als allgemeines Gesetz gilt. "... Ich soll niemals anders verfahren, als so, daß ich auch wollen könne, meine Maxime solle ein allgemeines Gesetz werden". [23] Handlungen, deren Maxime sich aufheben würde, würde sie als allgemeines Gesetz gelten, kann man nicht wollen. [24]

Im Gegensatz dazu steht die Moral, die an den Menschen mit einer Normenordnung von außen herantritt und von ihm ein bestimmtes Handeln fordert (heteronom bestimmte Moral). Das können die Morallehren von weltanschaulichen und religiösen Systemen sein. Es kann sich aber auch um sittliche Verhaltensanforderungen handeln, "die von der Sozietät an ihre Mitglieder gestellt" werden [25], also um den Bereich der "Sozialmoral" - BOLLNOW nennt es "einfache Sittlichkeit" [26] -, die die "von der Sozietät für ihren Lebensraum positivierte Sittenordnung" darstellt. [27]
Auch aus den einer Rechtsordnung zugrundeliegenden Wertvorstellungen fließen Normen, die dem Bereich der heteronomen Ethik angehören.
KRAFT leugnet allerdings Gebote der Ethik, die ein bestimmtes äußeres Verhalten fordern. Die moralische Bewertung einer Handlung könne sich nur nach der Gesinnung, dem Motiv und dem Zweck der Handlung richten, denn die Gebote der Ethik beziehen sich nur auf die menschliche Gesinnung. [28]

b. Subjektive Moral - objektive Moral

Die Unterscheidung zwischen autonomer und heteronomer Moral liegt auch der zwischen subjektiver und objektiver Moral zugrunde. Wohl entspringt die Erkenntnis des moralisch Gebotenen immer nur der Gesinnung des Ein-

20) DELIUS, "Ethik" in: Fischerlexikon der Philosophie, S. 80;
21) HENKEL, Rechtsphilosophie, 1960, S. 130;
22) HENKEL, Rechtsphilosophie, S. 130;
23) KANT, Metaphysik der Sitten, S. 20 f.;
24) KANT, aaO, S. 21 f.;
25) HENKEL, aaO, S. 133;
26) BOLLNOW, Einfache Sittlichkeit, zit. HENKEL, aaO, S. 133;
27) HENKEL, aaO, S. 133;
28) KRAFT, Interessenabwägung, S. 109;

zelnen. [29] Insofern kann man von einer subjektiven Moral sprechen, als die Moralgebote der subjektiven Anschauung von Individuen entstammen. Sobald aber mit der Absicht, die subjektiv empfundenen und erkannten Moralgebote zu befolgen, der Wille korrespondiert, diese Moralgebote zum allgemeinen Gesetz zu erheben, sobald die Moralgebote ihre Verwirklichung auch im Handeln anderer finden sollen, wie es dem kategorischen Imperativ KANTs entspricht, entstehen Gebote "objektiver Moral". [30] Die Gebote objektiver Moral sind objektivierte, für die Allgemeinheit verbindlich gewollte oder gemachte Gebote subjektiver Moral.

Die Gebote objektiver Moral können sich mit denen der subjektiven Moral anderer Menschen decken, da sie subjektiven Moralvorstellungen einzelnen entspringen. Ihre Objektivität beweist sich aber gerade darin, daß sie ihre Befolgung durch andere Individuen fordern, unabhängig von deren subjektiver moralischer Anschauung. Die sozialen Normen einer Gemeinschaft sind Beispiele objektiver Moral.

Es ist offensichtlich, daß die objektive Moral einer Gemeinschaft, die auf den moralischen Anschauungen der Mehrheit der Gemeinschaftsmitglieder gründet, im Widerspruch zur subjektiven Moral einzelner Individuen stehen kann. Das von diesen verlangte Verhalten kann daher gemessen an den Normen objektiver Moral moralisch gut, gemessen an denen ihrer subjektiven Moral unsittlich sein. Weil sich in den Geboten der objektiven Moral "die moralischen Anschauungen der Gesamtheit ausdrücken, deshalb kann ihr Inhalt mit dem divergieren, was die Anschauung, besser die Gesinnung des einzelnen von diesem fordert". [31]

Für den Bereich der sozialen Ordnung ist nach KELSEN eine subjektive Moral, die auf das subjektive Kriterium der Gesinnung abstellt, überhaupt nicht möglich. [32]

Während sich die subjektive Moral nicht nur auf die Gesinnung bezieht, sondern auch ein dieser Gesinnung entsprechendes Verhalten fordert, muß sich umgekehrt die objektive Moral nicht nur auf ein äußeres Verhalten beziehen. Ein Verstoß gegen Normen objektiver Moral kann neben der Erfüllung des "äußeren", des "objektiven" Tatbestandes auch noch die Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung (Vorsatz) und das Bewußtsein des Verstoßes gegen Normen objektiver Moral (Moralwidrigkeitsbewußtsein) erfordern.

---

29) HERZOG, Zum Begriff der guten Sitten im BGB, 1910, S. 102 f.;
30) HERZOG, aaO, S. 102 ff., 106;
31) HERZOG, aaO, S. 106;
32) KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 368;

c. Individualethik - Sozialethik

1. Abgrenzung

Im Bereich der Ethik unterscheidet man zwischen Individualethik und Sozialethik. Dieser Unterscheidung kommt für das Recht besondere Bedeutung zu. Zwar befaßt sich sowohl die Individualethik als auch die Sozialethik mit der Erkenntnis von gut und böse. Dennoch ist es methodisch gerechtfertigt, je nach dem Standpunkt, von dem aus man die Wertung ansetzt, zwischen diesen beiden Bereichen zu unterscheiden. [33]

Sobald die Pflichten der Moralordnung entstammen, die für ein Sozialgebilde gilt, und sobald die von einem solchen Sozialgebilde aufgegebenen moralischen Gebote und Verbote den einzelnen als Glied dieser Gemeinschaft treffen, spricht man von Sozialethik. Die Sozialethik stellt also auf die Sozialnatur des Menschen ab. [34]

Demgegenüber bezieht die Individualethik sich auf die Individualnatur des Menschen und die sich aus ihr ergebenden Pflichten sich selbst, den einzelnen Mitmenschen und Gott gegenüber. [35] Während sich die Individualethik mit dem "Einfluß der persönlichen sittlichen Überzeugungen auf das einzelmenschliche Verhalten" - auch auf das den Mitmenschen gegenüber - befaßt, befaßt sich die Sozialethik "mit den sittlichen Antrieben, die aus dem Boden der zwischenmenschlichen Gebilde hervorgehen."

Das Hauptgewicht der Individualethik liegt auf dem subjektiven Moment des Sittlichen, auf der Gesinnung. Demgegenüber bezieht sich die Sozialethik in erster Linie auf das objektive Moment, auf die in die Außenwelt hinaustretende Tat. [37] Sie fordert ein bestimmtes äußeres Verhalten gegen andere, eine Handlung von gewisser Qualität, "und schreitet von hier erst zu der höheren Forderung eines inneren Verhaltens des Menschen fort". [38]

Georg JELLINEK charakterisiert den Unterschied von Individualethik und Sozialethik treffend in folgender Weise:

> "Die Individualethik beginnt bei der Forderung eines gewissen Zustandes des Subjekts, die Sozialethik bei der Forderung eines gewissen Zustandes der objektiv existierenden Gesamtheit; jene fordert zuerst eine bestimmte Gesinnung und erst nachher ein bestimmtes Handeln, diese zuerst ein bestimmtes in die Außenwelt hinaustretendes Handeln und in zweiter Linie eine bestimmte Gesinnung". [39]

---

33) HÖFFNER, "Sozialethik", Staatslexikon, 6. Aufl. Bd. 7, Sp. 269;
34) HENKEL, Rechtsphilosophie, S. 130, 133;
35) HÖFFNER, "Sozialethik", aaO;
36) SURANYI-UNGER, "Wirtschaftsethik" in: HWSW Bd. 12, 83;
37) Georg JELLINEK, Die Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl. 1908, S. 28;
38) JELLINEK, aaO, S. 29;
39) JELLINEK, aaO, S. 28 f.;

Richtet sich das individualethische Verdikt unsittlichen Verhaltens gegen die dahinterstehende Person, so zielt der sozialethische Vorwurf der Moralwidrigkeit primär auf die Tat und erst mittelbar auf den Täter. Eine sozialethisch korrekte Handlung kann von einer individualethisch verwerflichen Gesinnung getragen gewesen sein. Umgekehrt kann ein Verstoß gegen Normen der Sozialmoral, z. B. in der speziellen Ausprägung der Rechtsmoral, auf einer sittlich einwandfreien Gesinnung beruhen. Es ist möglich, objektiv Gutes trotz subjektiv schlechten Willens und umgekehrt objektiv Schlechtes trotz subjektiv guten Willens zu bewirken. [40] Was individualethisch böse ist, kann sozialethisch Gutes schaffen. [41]

2. Autonome Moral - Sozialmoral

In den Zusammenhang der Unterscheidung von Individualethik und Sozialethik gehört auch die von HENKEL [42] getroffene Aufgliederung des Bereichs der Sittlichkeit in drei Sphären: der autonomen Sittlichkeit, der Hochethik der religiösen und weltanschaulichen Systeme und der einfachen Sittlichkeit der Sozialmoral.

Die autonome Sittlichkeit geht "von der Idee des Guten als eines in sich Wertvollen und deshalb zu Verwirklichenden aus". Sittliches Verhalten richtet sich auf das Gute um seiner selbst willen. [43] Dabei ist es das Gewissen, das die Verhaltensnorm bestimmt. Damit ist die autonome Sittlichkeit ihrer Natur nach "subjektive" Gesetzgebung, die aber im kategorischen Imperativ KANTs verallgemeinerungsfähig ist. [44] Die Bewertung eines Verhaltens geht hier also von der Individualnatur des Menschen aus, auch wenn sie sich auf soziale Gegenstände bezieht. Demgegenüber stellt die Sozialmoral "die von der Sozietät für ihren Lebensraum positivierte Sittenordnung dar, eine soziale Form der Sittlichkeit". [45]
Sie bestimmt in einer Gemeinschaft, in der viele sittliche Anschauungen nebeneinander bestehen und sich teilweise widersprechen, den Grundbestand der für ein gedeihliches Zusammenleben erforderlichen Verhaltensnormen. Eine für das Zusammenleben in einer Gemeinschaft verbindliche Wertordnung zu schaffen und durchzusetzen, ist Aufgabe der Sozialmoral.

---

40) AHRENS, Die Rechtsphilosophie oder das Naturrecht auf philosophisch - anthropologischer Grundlage, 4. Aufl. S. 228 ff. zit. G. JELLINEK, aaO, S. 29 Fußnote 9;
41) JELLINEK, aaO, S. 29;
42) HENKEL, aaO, S. 129 ff.;
43) HENKEL, aaO, S. 129;
44) HENKEL, aaO, S. 121;
45) HENKEL, aaO, S. 133;

Neben der autonomen Sittlichkeit und der Sozialmoral nennt HENKEL noch die Systeme der religiösen und profanen Hochethik. [46]
Diese sind jedoch, je nach dem, ob sie sich auf die Individualnatur oder auf die Sozialnatur des Menschen beziehen, entweder der Sozialethik oder der Individualethik zuzurechnen.

3. Idee des Guten - Idee der Gerechtigkeit

Die Individualethik dient der Verwirklichung der Idee des Guten an sich. Demgegenüber beschränkt sich die Sozialethik auf die Regelung der zwischenmenschlichen Beziehungen und den Ausgleich der zwischenmenschlichen Interessengegensätze. Diese sollen einer gerechten Lösung zugeführt werden. Inhalt der Sozialethik ist also die Verwirklichung der Idee der Gerechtigkeit in ihren Formen der sozialen Gerechtigkeit, der Gemeinwohlgerechtigkeit (suum cuique !), von der auch die ausgleichende Gerechtigkeit abgeleitet wird. [47]
Unabhängig von der Individualnatur des einzelnen Menschen bestimmt die Sozialethik, welche sozialen Verhaltensweisen im Hinblick auf die soziale Ordnung, die den Ausgleich widersprechender Interessen bezweckt, als gerecht und gerechtfertigt zu betrachten sind. Die an der Idee der Gerechtigkeit ausgerichtete Sozialethik bestimmt und bewertet nach objektiven Maßstäben, welche Verhaltensweisen den Normen der geltenden oder in sonstiger Weise verbindlichen Sozialmoral entsprechen. [48]

4. Anstandsgefühl - Sittlichkeitsgefühl

Wenn auch nicht gleich erkennbar, so beruht auch die Unterscheidung von Anstandsgefühl und Sittlichkeitsgefühl, wie sie Rudolf von JHERING getroffen hat, auf dem Gegensatz von Sozialethik und Individualethik.
Die innere Einstellung des Handelnden zu seiner Tat, die Gesinnung, das Sittlichkeitsgefühl gegenüber fremdem Tun und das Gewissen als Wächter über das eigene Verhalten bestimmen, was der Sittlichkeit entspricht. [49] Dem-

---

46) HENKEL, aaO, S. 132;
47) HÖFFNER, "Sozialethik", Staatslexikon Bd. 7 Sp. 273 f.; RADBRUCH, Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 24 f.;
48) Vgl. GOLDSCHMIDT, Aufbau der juristischen Welt, S. 119;125 Fußn. 163;
49) R. v. JHERING, Der Zweck im Recht, Bd. II, 1883, S. 28, 262, zit. KRAFT, Interessenabwägung, S. 106;

gegenüber beziehe sich das Anstandsgefühl auf die guten Sitten in einer Gemeinschaft. 50)

II. Systematische Zusammenfassung

Nach diesem Überblick über die für die Rechtsanwendung relevanten Lehren der Ethik soll der Versuch unternommen werden, unter rechtlichen Gesichtspunkten in einer systematischen Zusammenstellung die ethischen Ansatzpunkte zur Beurteilung menschlichen Verhaltens aufzuzeigen, sei es speziell für den Bereich der zwischenmenschlichen Beziehungen, sei es für sonstige, moralischer Bewertung zugängliche Bereiche menschlichen Verhaltens.

a. Subjektive Moral

Menschliche Verhaltensweisen können allein nach der Gesinnung beurteilt werden, von der sie getragen werden (Autonome Sittlichkeit.)

b. Objektive Moral

Die Normen objektiver Moral, die mit denen der heteronomen Ethik identisch sind, können für ein Unwerturteil erfordern:

1. allein die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes
2. objektive Tatbestandsverwirklichung und Fahrlässigkeit
3. objektive Tatbestandsverwirklichung und Vorsatz
4. objektive Tatbestandsverwirklichung, Vorsatz und Normwidrigkeitsbewußtsein.

c. Subjektive und objektive Moral

Der Moralvorwurf kann weiterhin auf einer Kombination von subjektivem und objektivem Moralverstoß beruhen. Neben einem Verstoß gegen die objektive Moral kann noch eine verwerfliche Gesinnung für den moralischen Vorwurf gefordert werden. Ein Teil der Auslegungsschwierigkeiten von § 1 UWG beruht darauf, daß man nicht genügend zwischen der subjektiven Vorwerfbarkeit eines Verstoßes gegen Verbote der objektiven Moral (Fahrlässigkeit, Vorsatz, Normwidrigkeitsbewußtsein) und Gebote autonomer Sittlichkeit unterschieden hat.

---

50) R. v. IHERING, aaO, S. 47, zit. KRAFT, aaO, S. 106;

III. Ergebnis:

Dieser Überblick über die wichtigsten philosophischen Richtungen und Ansichten zur Bestimmung des richtigen und guten Handelns und der "guten Sitten" im philosophischen Sinne macht deutlich, wie wenig mit dem pauschalen Hinweis auf sittliche, ethische und moralische Grundsätze für die Bewertung von Wettbewerbshandlungen gewonnen ist. [51] Ein und dieselbe Handlung kann je nach der gerade zur Beurteilung herangezogenen ethischen Lehre und Moralordnung eine ganz verschiedene Bewertung erfahren; nur bei bestimmten grundsätzlichen Fragen sind mit gewisser Sicherheit übereinstimmende Ergebnisse zu erwarten. Nur so ist es auch zu verstehen,

1. wenn einerseits KRAFT in Geboten, die ein bestimmtes äußeres Verhalten fordern, wie es alle Rechtsnormen tun, keine Gebote der Ethik sieht, da sich diese nur auf die menschliche Gesinnung beziehe [52]
2. wenn andererseits bei Erlaß des UWG von 1896 alle als unlauter verbotenen Wettbewerbshandlungen als moralwidrig angesehen wurden, und bei Erlaß des UWG von 1909 alle darin erfaßten Wettbewerbshandlungen als Beispiele für Verstöße gegen die guten Sitten im Wettbewerb betrachtet wurden [53]
3. während HEFERMEHL nicht in allen Vorschriften des UWG und des Wettbewerbsrechts ethisch fundierte Normen sieht. [54]

C. DIE GEBOTE DES RECHTS UND IHR VERHÄLTNIS ZUR MORAL

Da die Ethik im weitesten Sinne die Lehre vom menschlichen Sollen ist [55] sind auch die Vorschriften des Rechts ethische Normen. Deshalb kann nach HEINTZELER dieser Begriff der Ethik für die Auslegung der §§ 1 UWG, 826 BGB nicht maßgeblich sein. [56] Wie der Überblick über die wichtigsten philosophischen Lehren gezeigt hat, ist diese weite Definition des Begriffs der Ethik nicht zutreffend. Nicht jedes Sollen ist zugleich ein ethisches Sollen. Deshalb war auch der Schluß nicht richtig, daß der Begriff der "guten Sitten" auf eine Sollen und deshalb (!) auf die Gebote der Sittlichkeit verweise, da die be-

---

51) Vgl. ARZT, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, Diss. Tübingen, 1962, S. 84 ff., 86;

52) KRAFT, Interessenabwägung, S. 109;

53) JUNCK, GRUR 1928, 208; LOBE, GRUR 1910, 9;

54) BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 85 ff.;

55) MESSNER, ÖZöR 1965, 471;

56) HEINTZELER, Preisunterbietung, S. 25;

stehenden Sitten als ein Sein nicht Gegenstand eines Sollens sein können. [57]

I. "Ethikfreie" Rechtsnormen

Ethisch neutral, "ethikfrei" [58] sind die Rechtsnormen, die nur ordnende Funktion haben und unabhängig von irgendwelchen ethischen Wertvorstellungen reine Zweckmäßigkeitsregelungen treffen. Hierher gehören z. B. Formvorschriften. Rechtsnormen rein praktisch-zweckmäßiger Art, die nicht dem Ausgleich gegensätzlicher Interessen und dem Schutz und der Verwirklichung von Rechtswerten dienen, sind ethisch nicht fundiert, sind nicht Bestandteil der Moralordnung. Sie bestimmen nicht die geltende Rechtsmoral.

II. Rechtlich irrelevante Moralnormen

Es ist nicht Aufgabe des Rechts, bei den Mitgliedern einer Rechtsgemeinschaft eine moralische Gesinnung durchzusetzen. "Eine Rechtsnorm, die die moralischen Gebote direkt, unmittelbar durchsetzen wollte, würde Unmögliches fordern und damit einer Grundforderung des Rechts, daß seine Gebote erfüllbar, seine Gebote durchsetzbar sein müssen, widersprechen". [59] Der Staat ist keine "Anstalt zur Beförderung der Moralität". [60]
Vielmehr haben der Staat und seine Rechtsordnung die Aufgabe, die Ordnung und Sicherheit des menschlichen Zusammenlebens zu gewährleisten [61], und der Verwirklichung der Gerechtigkeit in einer Gemeinschaft zu dienen. Nicht die Gebote autonomer Sittlichkeit, die dem Menschen die Fähigkeit zuerkennt, "den Anruf des sittlichen Sollens in der Stimme des Gewissens" als dem Zentrum der autonomen Sittlichkeit zu erleben [62], können zur Regelung des Rechtsverkehrs verwendet werden. Für den Bereich der sozialen Ordnung, zu dem besonders die Rechtsordnung gehört, ist eine Moral, die auf das subjektive Kriterium der Gesinnung abstellt, nicht brauchbar. [63] Vielmehr kommt nur eine objektive

57) So aber BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG Anm. 51; REIMANN, WuW 1957, 621;
58) LANGEN, KartG § 28 Anm. 16;
59) KRAFT, Interessenabwägung, S. 107;
60) SCHOPENHAUER, zit. WOESNER NJW 1964, 2;
61) WOESNER, NJW 1964, 2;
62) HENKEL, aaO, S. 130;
63) KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 368;

Sozialmoral, die an den Menschen von außen mit einer Normenordnung herantritt und ein bestimmtes Handeln fordert, für die rechtliche Bewertung sozialen Verhaltens in Betracht.

III. Ethisch fundierte Rechtsnormen

Sowohl das Recht als auch die Moral sind gesellschaftliche Ordnungen, die menschliches Verhalten insofern regeln, "als es in unmittelbarer oder mittelbarer Beziehung zu anderen Menschen steht." [64] Dabei ist es Ziel des Rechts wie auch der Moral, die zwischenmenschlichen Beziehungen in gerechter Weise zu regeln. Das Recht ist also auf die Gerechtigkeit bezogen. [65] "Die ewige Idee des Rechts ist die Sache des Gerechten" [66]; seine vornehmste Funktion liegt in der Verwirklichung der Gerechtigkeit [67]. Die Gerechtigkeit ist aber eine Forderung der Moral. [68] Jede Gerechtigkeitsnorm ist eine Moralnorm [69], denn die Gerechtigkeit liegt innerhalb des Bereichs der Moral [70]. Ein "ethisches Ideal" ist für die Gestaltung des Rechts "oberste Richtschnur des Sollens". [71] Soweit Rechtsnormen nicht nur Regelungen rein zweckmäßiger Art treffen, sondern (auch) einem gerechten Ausgleich gegensätzlicher Interessen dienen, sind sie ethisch fundiert. [72]

Rechtsnormen sind aber nicht nur dann ethisch fundiert, wenn sie auf bestehende Moralnormen zurückgreifen. Vielmehr konstituiert die Rechtsordnung selbst Werte, die für die Rechtsgemeinschaft verbindlich sind und die bestimmen, welches Verhalten in der Rechtsgemeinschaft als gerecht anzusehen ist. Die Rechtsordnung übernimmt also nicht nur Moralnormen, sondern sie schafft auch selbst Moralnormen. Selbst wenn diese allgemein als ungerecht angesehen werden, so sind sie dennoch nach dem Willen der Rechtsordnung gesollt und damit nach dem Maßstab der geltenden und verbindlichen Rechtsmoral gut.

---

64) KELSEN, aaO, S. 25;
65) DAHM, Deutsches Recht, 1963, S. 22; GERMANN, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 1950, S. 226; RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1956, S. 124, 127;
66) CALLMANN, UWG, 2. Aufl. S. 48; vgl. DAHM, aaO; O. v. GIERKE, Logos Bd. VI S. 244; RADBRUCH, aaO;
67) DAHM, aaO, S. 18;
68) KELSEN, aaO, S. 60;
69) KELSEN, aaO, S. 357;
70) KELSEN, aaO, S. 357; DAHM, aaO, S. 14, 22; DROSTE WRP 1964, 301;
71) GERMANN, aaO, S. 226;
72) PAUL, NJW 1964, 129;

Sie dienen der Gerechtigkeit im Sinne der Rechtsordnung.
Dies läßt sich auch nicht mit dem Argument leugnen, daß das Recht seinem Wesen nach moralisch sei und deshalb Rechtsnormen, die mit der Moral in Widerspruch stehen, kein Recht seien, weil sie nicht gerecht sind. [73] Diese Ansicht beruht auf der These, daß es allgemein zugängliche und allgemeingültige Normen der Moral gebe. [74]
Diese Ansicht verwechselt nicht nur die rechtsphilosophische Frage nach dem "richtigen Recht" (Stammler) mit der rechtswissenschaftlichen Frage, was im Sinne der Rechtsordnung als gerecht und billig und damit als "gut" im Sinne des Rechts anzusehen ist; sie übersieht auch, daß es neben einer Vielzahl von Versuchen, das Wesen der Moral zu erfassen, eine Vielzahl von Morallehren gibt, die einander widersprechende "Gerechtigkeitsnormen" aufstellen. [75] Der Hinweis auf die teilweise gegensätzlichen Moralvorstellungen, die dem Liberalismus einerseits und dem Sozialismus andererseits zugrundeliegen, mag genügen.
Jede Rechtsordnung konstituiert einen - wenn auch relativen - Rechtswert. [76] Rechtsnormen, die Bereiche regeln, die auch der Regelung durch Moralnormen zugänglich sind, sind daher "ethisch fundiert". Da "moralisch ist, was der ein bestimmtes menschliches Verhalten statuierenden Norm entspricht" [77], handelt der, der sich nach den Normen einer Sozialordnung richtet, im Sinne dieser Sozialordnung gerecht und gut [78].
Zu den ethisch fundierten Normen gehören in erster Linie alle Vorschriften, die die zwischenmenschlichen Beziehungen regeln, insbesondere die Vorschriften, die auf einen gerechten Ausgleich gegensätzlicher Interessen einzelner Individuen abzielen. Alle Verhaltensnormen, die im Wege einer Interessenabwägung gewonnen werden und die auf einen gerechten Interessenausgleich gerichtet sind, sind Moralnormen. Rechtsnormen, die auf diese Weise gewonnene Verhaltensnormen aufstellen, sind ethisch fundiert.
Gerechtigkeitsindifferente oder gerechtigkeitsneutrale Rechtsnormen, die zwischenmenschliche Beziehungen zu regeln und gegensätzliche Interessen anzugleichen und auszugleichen haben, sind nicht denkbar. Solche Normen haben

---

73) Vgl. KELSEN aaO, S. 65;
74) WEINKAUFF, NJW 1960, 1690, 1696; vgl. WIEACKER, JZ 1961, 242;
75) KELSEN, aaO, S. 403, 429;
76) KELSEN, aaO, S. 67;
77) KELSEN, aaO, S. 67;
78) Vgl. PLEYER, Zentralplanwirtschaft und Zivilrecht, S. 121 f., 122 Fußn. 47; In der DDR wird § 138 I BGB "meist ohne nähere Begründung neben § 134 BGB erwähnt. Augenscheinlich herrscht die Ansicht vor, daß das, was von den Gesetzen verboten wird, zugleich auch sittenwidrig sei".

immer rechtsmoralischen Gehalt. Sie gehören dem umfassenderen Bereich der Sozialmoral an. [79]

D. ERGEBNIS :

Die Bestimmungsgründe für den Rechtsbegriff der "guten Sitten" sind aus den Geboten und Verboten der Moral zu entnehmen. Zu diesen gehören auch die ethisch fundierten Normen der Rechtsordnung, d.h. diejenigen Rechtsnormen, die bei der Regelung zwischenmenschlicher Beziehungen einen gerechten und billigen Interessenausgleich zwischen gegensätzlichen Interessen bezwecken.
Der Überblick über die Morallehren zeigte jedoch, daß mit diesem Ergebnis noch nichts über den konkreten Inhalt der W e t t b e w e r b s m o r a l und der "guten Sitten" i.S.v. § 1 UWG ausgesagt ist. Den für die Auslegung von § 1 UWG maßgeblichen Bestimmungsgründen soll daher im folgenden Kapitel nachgegangen werden.

KAPITEL 2:
Bestimmungsgründe für die "guten Sitten" im Wettbewerb im Sinne von § 1 UWG

Weder aus dem Wortlaut von § 1 UWG noch aus dem Sinnzusammenhang, in den § 1 UWG hineingestellt ist, ist u n m i t t e l b a r zu entnehmen, nach welchem Maßstab der Begriff der "guten Sitten" interpretiert werden muß.
Es sei nicht der Zweck von § 1 UWG, ein H ö c h s t m a ß an Sittlichkeit im Wettbewerb durchzusetzen [80]; vielmehr sei es im Sinne der Generalklausel des § 1 UWG, "eine d u r c h s c h n i t t l i c h e dem Wesen des Menschen gemäße s o z i a l e t h i s c h e M i t t e l l a g e zu gewährleisten". [81]
Nach HUBMANN stellt § 1 UWG auf jenes "ethische Minimum" ab, "auf dessen Einhaltung der Wettbewerb aufbaut". [82]

---

79) a.A. offensichtlich BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 87;
80) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Allg. Anm. 72; HUBMANN, Gewerblicher Rechtsschutz, § 49 IV S. 241;
81) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO;
82) HUBMANN, aaO;

§ 1 UWG solle nur die g r o b e n Fälle von Unanständigkeit im Wettbewerb erfassen.
Aus dieser sehr restriktiven und an keiner Stelle begründeten Auslegung des Begriffs der "guten Sitten" im Wettbewerb rührt auch die Ansicht, daß die §§ 3 ff. UWG sich nicht gegen sittenwidriges Verhalten richten. Sittlich-rechtlich bzw. ethisch fundiert sind nach HEFERMEHL anscheinend nur solche Normen, die sich gegen schwere Wettbewerbsverstöße richten, eine recht willkürliche Interpretation der Begriffe "Ethik" und "Sittlichkeit". Insbesondere erscheint es fraglich, ob nur das, was dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden g r o b widerspricht, oder alles, was ihm widerspricht, gegen die guten Sitten verstößt.

Zu strengeren Maßstäben und zu Entscheidungen, deren Gründe besser nachzuvollziehen sind, gelangt KRAFT, der ethische Gebote für die Auslegung von § 1 UWG als unbrauchbar ablehnt [83]; er will die guten Wettbewerbssitten im Wege einer Interessenabwägung ermitteln. [84]
Alle R e c h t s normen seien letztlich das Ergebnis von Interessenabwägungen und eine Interessenabwägung bestimme also, "ob eine Handlung vor dem Auge des Gesetzes oder in den Augen des Gesetzgebers als rechtmäßig oder als rechtswidrig zu gelten hat". [85] Auch die guten S i t t e n im Wettbewerb seien, wolle man den Begriff auch nur wörtlich nehmen, nichts anderes als das Ergebnis einer Interessenabwägung. Gerade im wirtschaftlichen Wettbewerb stünden die Wettbewerbsteilnehmer zueinander in Gegensatz und die sich dabei herausbildenden Sitten seien das Ergebnis eines Interessenausgleichs. [86]
Daß die guten Sitten im Wege einer Interessenabwägung zu ermitteln sind, entspricht auch der hier vertretenen Ansicht. Nur dürften die Argumente KRAFTs nicht zur Begründung seiner Ansicht genügen. Daraus, daß sowohl die Normen des Rechts als auch die der Sitte das Ergebnis eines Interessenausgleichs sind - oder genauer: sein k ö n n e n ! -, läßt sich noch nicht herleiten, daß auch die guten Sitten i. S. v. § 1 UWG im Wege einer Interessenabwägung zu ermitteln sind. Denn es ist durchaus d e n k b a r , daß sich der Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens nur auf besonders verwerfliches Verhalten im Wettbewerb beziehen sollte.

---

83) KRAFT, Interessenabwägung, S. 109;
84) KRAFT, aaO, insbes. S. 119 ff., 175 ff.;
85) KRAFT, aaO, S. 119;
86) Inwieweit die tatsächlichen Sitten im Wettbewerb wirklich das Ergebnis eines Interessenausgleichs, und nicht vielmehr der Ausdruck von vorhandenen sozialen Machtstrukturen sind, läßt die Ansicht KRAFTs allerdings offen.

Sowohl die Theorie von der "sozialethischen Mittellage" als auch die der "Interessenabwägung" zur Bestimmung der guten Sitten im Wettbewerb i. S. v. § 1 UWG erscheinen ziemlich willkürlich.
Nachdem weder der Wortlaut noch der Sinnzusammenhang unmittelbar Auskunft über die Auslegung von § 1 UWG geben, muß daher auf die gesetzgeberischen Motive zum UWG und insbesondere zu § 1 UWG zurückgegriffen werden, um ermitteln zu können, welchen Zweck der Gesetzgeber mit der Generalklausel des § 1 UWG verfolgte und welche Auslegung des Begriffs der guten Sitten zur Verwirklichung dieses Zwecks erforderlich ist.

A. DIE GESETZGEBERISCHEN MOTIVE

I. Verwerfliche Gesinnung, Gesinnungsmangel

Bei der Schaffung des UWG von 1896 wurde unlauterer Wettbewerb als unmoralischer und unsittlicher Wettbewerb verstanden. Unlauterer Wettbewerb liege dort, wo sich die Bereiche des Rechts und der Moral überschneiden, wo eine verwerfliche Gesinnung in einer Störung der Rechtsordnung in Erscheinung tritt.
Die Annahme, eine verwerfliche Gesinnung als Voraussetzung für einen Sittenverstoß fordern zu müssen, belastete die Rechtsprechung bei der Auslegung des Begriffs der "guten Sitten" von Anfang an.
So glaubte bereits sehr früh das RG [87], nur dann nach § 1 UWG wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten im Wettbewerb verurteilen zu können, wenn die Wettbewerbshandlungen von einer "Gesinnungsgemeinheit" des Täters getragen waren. Auch heute fordert der BGH bei § 138 BGB noch eine verwerfliche Gesinnung als Voraussetzung für einen Verstoß gegen die guten Sitten. [88]
Die Normen des UWG von 1896 zeigen deutlich, in welchem Sinne der Ausdruck "verwerfliche Gesinnung" vom Gesetzgeber verstanden wurde, denn alle Vorschriften des UWG von 1896 richteten sich nach der Absicht des Gesetzgebers gegen unmoralischen und deshalb unlauteren Wettbewerb. Unmoralisch war nach damaliger Ansicht aber nur der Wettbewerb, wenn er von einer verwerflichen Gesinnung getragen war. Aus den Vorschriften des UWG von 1896 ergibt sich,

87) RGZ 58, 220;
88) BGH BB 1966, 873 zu § 138 I BGB;

daß nicht erst eine Gesinnungsgemeinheit - gar im Sinne autonomer Moral - eine verwerfliche Gesinnung darstellte. Der Begriff der verwerflichen Gesinnung dürfte bei der Schaffung des UWG von 1896 keine andere Bedeutung gehabt haben als heute der Begriff des "Unrechtsbewußtseins". Dennoch griff die Literatur den Gedanken der "verwerflichen Gesinnung" als Voraussetzung für unlauteres Verhalten rasch auf, um den Anwendungsbereich von § 1 UWG einschränken zu können. Der Täter müsse den Makel verdienen, der ihm mit dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit gemacht wird [89]; man dürfe einen Wettbewerber nicht "unnötig mit dem Makel der Unsittlichkeit" belasten. [90] Man tat so, als ob mit dem Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens im Wettbewerb ein "sittliches Werturteil über die Person" gefällt werde. [91]

Bei der Auslegung von § 138 I BGB führte das dazu, neben das Tatbestandsmerkmal der "guten Sitten" das - früher in den Motiven und in einem Entwurf enthaltene - Tatbestandsmerkmal der "öffentlichen Ordnung" und des "ordre public" zu stellen. [92]

Bei der Auslegung von § 1 UWG bürgerten sich immer mehr die Begriffe "wettbewerbswidrig", "wettbewerbsfremd" ein. Das war nur ein Kompromiß zwischen den Bedürfnissen der Praxis, einerseits mißbräuchliche Wettbewerbshandlungen zu bekämpfen, andererseits mit dem "Makel" und dem "Verdikt" der Sittenwidrigkeit zurückhaltend zu sein.

II. Bestehende Geschäftsmoral

Aus der Entwicklungsgeschichte des UWG entnimmt KROITZSCH, daß in den Tatbeständen des UWG die tatsächlich vorhandene Geschäftsmoral ihren Niederschlag gefunden habe. [93]

Deshalb sei auch bei der Auslegung von § 1 UWG die tatsächlich vorhandene Geschäftsmoral maßgeblich. Die Ablehnung der Einführung einer Generalklausel

---

89) CALLMANN, UWG 2. Aufl. S. 45, 47;

90) BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 52; vgl. auch BKartA WuW/E BKartA 876; RGZ 150, 5; BGHZ 13, 71, 73; DROSTE DB 1963, 721; ders. WRP 1964, 66; WRP 1965, 38; FIKENTSCHER, Festschrift für Hallstein S. 141; ders. GRUR AIT 1966, 185; GIESEKE GRUR 1950, 308, 310; RINCK, Festschrift OLG Celle, S. 168; K. SIMITIS, Gute Sitten und ordre public, 1960, S. 51;

91) FLUME, BGB AT Bd. II S. 366 f.;

92) FLUME, aaO, S. 366; SIMITIS, Gute Sitten und ordre public;

93) KROITZSCH, GRUR 1965, 12 ff., 15;

gegen unlauteren Wettbewerb in das UWG von 1896 sei damit begründet worden, daß die Rechtsprechung noch nicht die Grenzen dessen gefunden habe, was vom Standpunkt der Geschäftsmoral aus zulässig sei. Die Frage ist nur, ob diese Grenze 13 Jahre später gefunden war. Und auch wenn im Gesetzesentwurf von 1895 die Stellungnahmen und eingehenden Darlegungen der Tages- und Fachpresse, wissenschaftlicher, gewerblicher und kaufmännischer Vereine verwertet wurden, und die berufsmäßigen Vertretungen des Handels und Gewerbestandes eine größere Anzahl von typischen Fällen unlauteren Geschäftsgebarens zusammengestellt haben, so besagt das noch nicht, daß auf die tatsächlich vorhandene Geschäftsmoral abgestellt wurde. Bereits hinsichtlich der angeblich "typischen" und als besonders nachteilig empfundenen Mißbräuche der Wettbewerbsfreiheit [94] bestand wenig Einigkeit, wie die erregten Debatten im Reichstag zeigten. Es ging im Reichstag nicht darum, die tatsächlich bestehende Geschäftsmoral zu kodifizieren, sondern darum, die in Zukunft maßgebliche Geschäftsmoral in verbindlichen Rechtsnormen niederzulegen.
Wenn mit der "tatsächlich vorhandenen Geschäftsmoral" die Moral gemeint ist, die hinter den üblicherweise im Geschäftsverkehr in einer Branche vorgenommenen Wettbewerbshandlungen steht, so bestehen gegen diese Ansicht dieselben Bedenken wie gegen die Annahme, die guten Sitten verweisen auf die tatsächlich bestehenden Sitten.

a. Nicht nur eine bestehende Sitte kann tatsächlich eine Unsitte sein. Auch die dahinter stehende Geschäftsmoral kann im Sinne des Rechts sittenwidrig sein. [95] Gerade die tatsächlich bestehende Geschäftsmoral war der Anlaß für die Schaffung eines Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb.

b. Umgekehrt kann die tatsächlich bestehende Geschäftsmoral so streng sein, daß nicht nur unlauterer, sondern auch unbequemer Wettbewerb ausgeschlossen würde, wollte man diese Sitten bzw. die dahinter stehende Moral zum Maßstab für die guten Sitten im Wettbewerb machen, so z. B., wenn es der tatsächlich vorhandenen Geschäftsmoral in einer Branche entspricht, auf den Wettbewerb weitgehend zu verzichten, wovon auch Formen der Werbung betroffen werden, die in anderen Branchen allgemein für zulässig gehalten werden, und die erst Voraussetzung für einen den Zielen unserer Wettbewerbsordnung entsprechenden Preis- und Qualitätswettbewerb sind. [96]

---

94) FINGER, UWG 2. Aufl. S. 4;
95) BGH GRUR 1955, 542; 1956, 223; BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG Anm. 56;
96) Vgl. BGH WuW/E/BGH 452 ff., "Export ohne WBS";

Dasselbe gilt für andere strenge berufsethische Normen, deren Durchsetzung der Verwirklichung der Aufgaben und Ziele des GWB widersprechen würde. Hierher gehören z. B. überkommene strenge Berufsgrundsätze des "königlichen Kaufmanns".

Es bedeutet aber nichts anderes, als die tatsächliche strenge Geschäftsmoral doch auf einem Umweg zum Maßstab für die guten Sitten i. S. d. § 1 UWG zu machen, wenn man dem, der solche "anerkannten Berufsgrundsätze" mißachtet, nun doch einen Verstoß gegen die guten Sitten vorwirft, zwar nicht, weil der Verstoß gegen anerkannte Berufsgrundsätze zugleich unmittelbar einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt, sondern weil sich dieser Wettbewerber vor seinen Mitbewerbern, die sich an diese Berufsgrundsätze halten, einen ungehörigen Wettbewerbsvorsprung verschafft. [97]

c. Wäre diese Ansicht richtig, so wären neue Wettbewerbsmethoden, insbesondere auf dem Gebiet der Werbung, kaum mehr einführbar. Denn erfahrungsgemäß stoßen neue Wettbewerbsmethoden, besonders wenn sie einen Fortschritt bringen, zunächst immer auf die Ablehnung der betroffenen Branchengenossen, die um ihre Marktposition bangen, bis sie diese neuen Wettbewerbsmethoden dann selbst nachgeahmt haben.
Könnten solche neuen Wettbewerbsmethoden bereits bei ihrer Einführung mittels § 1 UWG unterbunden werden, so bestünde nur schwer die Chance, sie im Wettbewerb durchzusetzen und, wie es bei vielen anfangs abgelehnten Wettbewerbsmethoden der Fall war, allgemeine Anerkennung zu finden. Man denke nur daran, daß in früheren Jahrhunderten Schaufensterwerbung noch als verwerflich galt. Auch dürfte sich bei fortschrittlichen Wettbewerbsmethoden häufig keine einheitliche Branchenauffassung feststellen lassen.

III. Objektiver und subjektiver Sittenverstoß

Die gesetzgeberischen Motive zu § 1 UWG und § 138 I BGB zeigen, daß bei den Beratungen im Reichstag über Inhalt und Auslegung des Begriffs der guten Sitten wenig Klarheit herrschte.
In der 1. Lesung zu § 1 UWG unterschied man noch zwischen einem "rein objektiven" Verstoß gegen die guten Sitten, der einen Unterlassungsanspruch auslöst und einem schuldhaften Sittenverstoß, der einen Schadensersatzanspruch begründet. [98] Ein subjektiver Tatbestand war also für den Sittenverstoß als

97) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl., § 28 GWB Anm. 13, 9. Aufl., § 1 UWG Anm. 349;
98) KRAFT, Interessenabwägung, S. 111;

solchen nicht konstitutiv. In der 3. Lesung verzichtete jedoch der Reichstag auf die Regelung des Verschuldens in § 1 UWG, da die Vorwerfbarkeit bereits für den Nachweis der Sittenwidrigkeit erforderlich sei. [99] Eine Verwechslung von autonomer und heteronomer Moral scheint die Ursache für die abweichende Ansicht in der 3. Lesung gewesen zu sein. In den Beratungen zu § 138 I BGB wurde der Antrag, den Ausdruck "gegen die guten Sitten" durch den Ausdruck "gegen die Sittlichkeit" zu ersetzen, mit der Begründung abgelehnt, der Ausdruck "gegen die guten Sitten" sichere der Vorschrift einen umfassenderen Geltungsbereich und enthalte den richtigen objektiven Maßstab für die Handhabung des Gesetzes. [100]

Diese widersprüchliche Motivstellen sind wenig geeignet, Hinweise für die Auslegung von § 1 UWG zu geben.

IV. Funktion von § 1 UWG

Nachdem sich, wie bereits ausgeführt, die Vorschriften des UWG von 1896 vorerst nur gegen besonders nachteilige Mißbräuche der Wettbewerbsfreiheit richten sollten [101], wurde mit der Schaffung von § 1 UWG von 1909 der Zweck verfolgt, eine umfassende Generalklausel gegen alle Erscheinungsformen unlauteren Wettbewerbs zur Verfügung zu stellen, die dort eingreifen soll, wo die Einzelvorschriften des UWG nicht ausreichen. [102] § 1 des UWG von 1909 war eine "lückenbüßende Funktion", eine "Notbehelfsfunktion" zugedacht, was jedoch fast völlig in Vergessenheit geriet. [103]

Die Spezialvorschriften des UWG wurden nur als Beispiele sittenwidrigen Wettbewerbs angesehen. [104]

---

99) Vgl. KRAFT, aaO, S. 111;

100) MUGDAN Mat. I S. 725; vgl. SIMITIS, Gute Sitten und ordre public, S. 4 Fußn. 7; ARZT, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, S. 7 Fußn. 28;

101) FINGER, UWG 2. Aufl. S. 4;

102) RGZ 79, 327; FIKENTSCHER, Festschrift für Hallstein S. 129; JUNCK, GRUR 1928, 208; KRAFT, aaO, S. 119; ROSENTHAL, UWG 4. Aufl. § 1 Anm. 1; ULMER, Unlauterer Wettbewerb Bd. I EWG S. 9; WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 127;

103) Vgl. FIKENTSCHER, aaO, S. 136 f., 141 f.; ders. GRUR AIT 1966, 183, 185; KOENIGS NJW 1961, 1047; SCHIEFER, Diskriminierungsverbot, S. 34; SIMITIS, aaO, S. 160;

104) CALLMANN, UWG 2. Aufl. § 1 Anm. 1; JUNCK, GRUR 1928, 208; LOBE, GRUR 1910, 9; Kommissionsbericht S. 8, zit. LOBE, aaO;

Daraus folgt, daß alle Vorschriften des UWG als ethisch fundiert angesehen wurden und daß diese als Wertungsmaßstab bei der Bestimmung der Grenzen des Rechts der Wettbewerbsfreiheit nach § 1 UWG herangezogen werden dürfen.

V. Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden

Nicht nur die Vorschriften des UWG, sondern alle Vorschriften des Wettbewerbsrechts und Grundsätze der Wettbewerbsordnung bestimmen, welche Wettbewerbshandlungen den guten Sitten entsprechen bzw. widersprechen.
In den Motiven zu § 826 BGB heißt es, daß der Maßstab für die guten Sitten dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen zu entnehmen sei. [105]

Nach Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 wurde § 826 BGB dazu verwendet, Formen des unlauteren Wettbewerbs zu bekämpfen, die nicht unter die speziellen Verbote des UWG von 1896 fielen. [106]
In der Generalklausel des § 1 des UWG von 1909 wurde der Tatbestand des § 826 BGB für die Zwecke des Wettbewerbsrechts modifiziert. Die sittenwidrigen Handlungen mußten "im Geschäftsverkehr" und "zu Zwecken des Wettbewerbs" vorgenommen worden sein. Es darf davon ausgegangen werden, daß die Formel "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" auch für die Auslegung von § 1 UWG herangezogen werden darf. Das entspricht ganz der h.M., auch wenn diese die Formel für die Zwecke des Wettbewerbsrechts mehrfach verändert hat.

a. Der maßgebliche Personenkreis

Da nicht alle gerecht und billig denkenden Menschen etwas vom Wesen des Wettbewerbs verstehen, könne der Kreis derer, auf deren Anstandsgefühl es ankommt, nicht diesen gesamten Personenkreis umfassen. Deshalb habe der Richter bei seiner Wertentscheidung den Kreis derjenigen festzustellen, auf deren Anstandsgefühl es für die Beurteilung von Wettbewerbshandlungen am Maßstab der guten Sitten ankommt. [107] HEFERMEHL weist darauf hin, daß der Verbraucher regelmäßig alles für "gerecht und billig" hält, was ihm die Ware verbilligt. [108]

---

105) MUGDAN Mat. Bd. II S. 727; vgl. RGZ Urt. 11.4.1901 (I) Bd. 48, 114 ff., 124; ausführlicher zur Problematik der Formel: "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden": ARZT, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, 1962;

106) Vgl. FINGER, UWG 2. Aufl S. 7;

107) WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 106;

108) BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 55;

In dieser Erkenntnis schränkte man den für die Beurteilung einer Wettbewerbshandlung in Frage kommenden Personenkreis auf die anständigen und verständigen Gewerbetreibenden ein also auf die Personen, die nach h. M. durch das UWG geschützt werden sollen. Denn nur diese Personen können über das zu bewertende Verhalten ein sachlich fundiertes Urteil haben. [109] Doch auch dieser Personenkreis schien noch zu weit; Denn, was versteht schon z. B. ein Kohlenhändler vom Elektrohandel ? Es könne daher nur auf das Urteil der engeren Branchengenossen, der Berufsgenossen ankommen.
Da aber durch das UWG auch die Allgemeinheit geschützt werde, müsse auch deren Ansicht berücksichtigt werden. Es müsse daher auf den Durchschnitt aller beteiligten Verkehrskreise abgestellt werden. [110]
Damit ist ein Zirkel geschlossen Die Allgemeinheit, der anfangs die Fähigkeit abgesprochen wurde, Wettbewerbshandlungen auf ihre Sittlichkeit oder Unsittlichkeit bewerten zu können wird nun doch wieder als Korrektiv herangezogen. [111]
Und was geschieht, wenn sich die Auffassungen der Allgemeinheit und der Berufsgenossen widersprechen
Nach HEFERMEHL entscheidet jeweils die strengere Auffassung. Damit besteht aber wiederum die Gefahr daß die Allgemeinheit wegen ihrer ungenügenden speziellen Kenntnisse einerseits Unsitten durchgehen läßt und andererseits billigenswerte Branchengepflogenheiten, die sie nicht versteht, mißbilligt.

b. Erkenntniswert der Formel "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" für die Ermittlung der guten Sitten im Wettbewerb nach § 1 UWG

Die Irrwege auf der Suche nach dem Personenkreis, dessen Anstandsgefühl für die Ermittlung der guten Sitten maßgeblich sein soll, geben Anlaß zu der Frage, ob dieser Formel überhaupt ein praktischer Erkenntniswert für die Ermittlung der guten Wettbewerbssitten zukommt.
Ist das Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden maßgebend, so muß die erste Frage lauten: W e r denkt gerecht und billig ?

1. Zweifelsohne diejenigen Personen nicht, die sich schon auf Grund fehlender fachlicher und sachlicher Kenntnisse kein umfassendes, und damit billiges und gerechtes Urteil bilden können. Doch ist damit erst e i n e der erforderlichen Beschränkungen des in Betracht kommenden Personenkreises vorgenommen. Das erkannte man und verlangte deshalb zu Recht, "daß auch die Anschauung

109) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Anm. 56;
110) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Anm. 53;
111) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Anm. 57;

der Berufsgenossen darauf nachzuprüfen bleibt, ob sie nicht eine Unsitte ist". [112]
Anstatt zu überprüfen, ob man mit den Berufsgenossen schon den richtigen Personenkreis gefunden hat, ging man gedanklich gleich einen Schritt zu weit und zog als Korrektiv für die Anschauungen der Berufsgenossen die Anschauungen der Allgemeinheit heran. Das ist aber nur dann richtig, wenn die Allgemeinheit und die Berufsgenossen zusammen den Personenkreis der billig und gerecht Denkenden bilden.

2. Hat man erkannt, daß nur d e r billig und gerecht über ein Problem urteilen kann, der die dazu erforderlichen Kenntnisse hat, so ist damit noch nicht gesagt, daß a l l e Personen mit dem zur Bewertung einer Wettbewerbshandlung erforderlichen Wissen bereits zum Personenkreis der billig und gerecht Denkenden gehören.
Wie läßt sich aber ermitteln, w e l c h e Personen zu dem Kreis der "billig und gerecht Denkenden" gehören ?

Zum Kreis der billig und gerecht Denkenden gehören alle aber auch nur die Personen, die billig und gerecht denken; wer Unbilliges und Ungerechtes denkt und billigt, ist kein billig und gerecht denkender Mensch.
Legt man nicht den D u r c h s c h n i t t der Wertungen a l l e r Menschen der Gegenwart zugrunde, sondern nur den der gerecht und billig Denkenden, so steht man aber "vor der Aufgabe, werten zu müssen und damit wieder vor der Frage, woher man das Prinzip der Wertung nehmen soll". [113]
Um beurteilen zu können, w e r billig und gerecht denkt, muß man bereits wissen, w a s billig und gerecht ist, will man nicht einem Zirkelschluß erliegen.
Es ist daher eine Verkennung und Verfälschung des Inhalts der Formel "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden", unter Berufung auf sie mit Hilfe der Befragung von 1000 Gewerbetreibenden die guten Sitten im Wettbewerb ermitteln zu wollen, wie es RHEINFELS vorgeschlagen hat. [114]
Eine demoskopische Ermittlung der Auffassungen der maßgebenden Verkehrskreise ist nicht geeignet zur Bestimmung der guten Sitten i. S. v. § 1 UWG. [115]

Den guten Sitten entspricht, was dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden entspricht, und folglich was billig und gerecht ist ! Gerechtigkeit

---

112) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG Anm. 56; RGZ 55, 373;
113) WEISCHEDEL, Recht und Ethik, 2. Aufl. S. 4, 32; vgl. Arthur KAUFMANN JZ 1963, 145; MEYER-CORDING JZ 1964, 275;
114) RHEINFELS, WuW 1956, 785 ff., 787; ders. DB 1957, 814; kritisch dazu: REIMANN WuW 1957, 622 Fußnote 3; vgl. auch WALDE, Wettbewerbsregeln, S. 69;
115) Vgl. SIMITIS, Gute Sitten und ordre public, S. 53;

und Billigkeit bestimmen also den Inhalt der guten Sitten nach den Motiven zu § 826 BGB, die auch für die Auslegung von § 1 UWG herangezogen werden können.

Im Wettbewerb treffen die Interessen der Mitbewerber, der Marktgegenseite und der Allgemeinheit aufeinander. Zwischen diesen gegensätzlichen Interessen soll durch das allgemeine Wettbewerbsrecht und insbesondere durch die Generalklausel des UWG durch eine billige und gerechte Wertung und Abwägung der beteiligten Interessen ein gerechter Ausgleich geschaffen werden. [116] Die Lauterkeit oder Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung ist auf Grund einer besonderen Interessenabwägung festzustellen [117]; was den guten Sitten im Wettbewerb entspricht ist durch eine billige und gerechte Interessenabwägung zu ermitteln. [118] Die Gerichte und das BKartA sind bei der Ermittlung der guten Sitten im Wettbewerb weitgehend - wenn auch nicht ausdrücklich - so verfahren. [119]

Auch die "praktisch-zweckmäßige Angleichung wirtschaftlicher Interessen" erfordert eine gerechte und billige Interessenabwägung zwischen den gegensätzlichen Interessen und damit eine ethisch fundierte Entscheidung [120]; denn jeder Ausgleich gegensätzlicher Interessen, der nach einer Interessenwertung und Interessenabwägung erfolgt, setzt eine sozialethisch fundierte Bewertung voraus, so daß es nicht richtig ist, davon zu sprechen, daß an die Stelle sittlich orientierter Bewertung heute vielfach die Interessenabwägung getreten sei [121], daß die guten Sitten des geschäftlichen Verkehrs nichts mit ethischen Postulaten

---

116) v. GAMM, WRP 1959, 228; BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG 71; vgl. ESSER, Grundbegriffe, S. 13; LUKES, Kartellvertrag, S. 201 f.;

117) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG Anm. 61;

118) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG Anm. 35; 75; v. GAMM, Wettbewerbsrecht, S. 5 f., 71; HUBMANN, Gewerblicher Rechtsschutz, § 49 IV 2; KRAFT, Interessenabwägung, S. 122, 128; KÜBLER, Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit, 1966, S. 3; REIMER, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl. Kap. 25, Rdz. 2, S. 291; RINCK, Festschrift OLG Celle, S. 171 ff., 173; vgl. BURMANN, WRP 1967, 247; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, Bd. III, S. 40;

119) SCHIEFER, Diskriminierungsverbot, S. 35 f.; BKartA WuW/E/BKartA 609 ff., 621 ff.;

120) DAHM, Deutsches Recht, S. 15 ff., 17; HUBMANN, Gewerblicher Rechtsschutz S. 242; a. A. BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Anm. 87;

121) So aber DÖLL BB 1965, 175; vgl. auch BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Anm. 75; PLASSMANN JZ 1963, 275; RINCK, aaO; a. A. ULMER-REIMER, aaO;

zu tun haben [122] und daß der Maßstab der guten Sitten sich nur bewährt habe, weil man sich nicht an ihn gehalten habe. [123]

Der Maßstab dafür, w a s gerecht und billig ist und welchem Interesse nach der geltenden und maßgeblichen Rechtsmoral der Vorrang gebührt, ist für die guten Wettbewerbssitten i. S. v. § 1 UWG den Vorschriften und Grundsätzen des Wettbewerbsrechts und der Wettbewerbsordnung zu entnehmen. D e r W e t t b e w e r b s o r d n u n g, deren überragender Zweck der Interessenschutz und Interessenausgleich ist, bestimmt also, was im Wettbewerb gute Sitte sein soll.

Nur so läßt sich auch ein W a n d e l der für die Auslegung der guten Sitten maßgeblichen R e c h t s m o r a l durch den Erlaß neuer Gesetze erklären, wie er z. B. nach Erlaß des GWB stattgefunden hat. [124] Damit bleibt aber der "dynamische" Begriff der guten Sitten auch von der jeweiligen Wirtschaftspolitik nicht unbeeinflußt [125], ohne daß damit bereits "außerethische", "ethikfreie" Gesichtspunkte der Auslegung von § 1 UWG zugrundegelegt wären [126], denn auch bei der Ordnung der Wirtschaft geht es um sittliche Werte. [127] Die Durchsetzung einer Wettbewerbsordnung ist ein soziales und zugleich ein "ethisches Ordnungswollen". [128]

Nur soweit die Maßstäbe der Wettbewerbsordnung für eine Bewertung wettbewerblichen Verhaltens nicht ausreichen, muß der Richter auf sein Rechtsbewußtsein und Gerechtigkeitsgefühl zurückgreifen [129] und dartun, welche Interessenwertung er für gerecht hält und auf welche Kriterien er bei der Interessenabwägung abgestellt hat.

BREITHAUPT rügt, daß das RG mit der Berufung auf das Anstandsgefühl a l l e r billig und gerecht Denkenden einen falschen Schein erweckt habe, da die Richter nicht danach gefragt haben, wie andere billig und gerecht Denkende einen

---

122) HIRSCH, Kontrolle wirtschaftlicher Macht, 1958, S. 31; MANGOLD, Preislistenzwang, S. 100;

123) MANGOLD, aaO, S. 99;

124) BGH WuW/E/BGH 629; BKartA WuW/E/BKartA 609 ff., 621; 73, 76 f.; TB 1963, 28; BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Allg. Anm. 79, Einl. UWG Anm. 74; FIKENTSCHER, Festschrift f. Hallstein S. 135; KELLERMANN, WuW 1965, 559 f.; RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 103; RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 253; SCHWAMBERGER, NJW 1961, 1185 f.; ULMER-REIMER, aaO, S. 34;

125) LG Osnabrück BB 1962, 1058; SIMITIS, aaO, S. 22 ff., 64;

126) a. A. MANGOLD, aaO, S. 99;

127) BALLERSTEDT, Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 180;

128) EUCKEN, Wirtschaftspolitik, S. 370;

129) Vgl. MEYER-CORDING, JZ 1964, 277;

Sachverhalt bewerten, sondern sich vielmehr unmittelbar von ihrem eigenen Rechtsgefühl haben leiten lassen. [130] Diese Rüge ist insofern stichhaltig, als sich ein Richter bei der Ermittlung der guten Sitten nicht allein nach seinem Rechtsgefühl richten darf, um im konkreten Fall all die als ungerecht und unbillig Denkende anzusehen, die andere moralische Vorstellungen haben als er. [131] Vielmehr hat er neben seinen eigenen ethischen Vorstellungen auch die von einer breiten Allgemeinheit gebilligten und anerkannten Moralvorstellungen bei der Ermittlung der guten Sitten zu berücksichtigen. Führt seine Wertung in der Praxis allgemein zu Verwirrungen, Unsicherheit und Unverständnis, dann entspricht sie nicht dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden und damit nicht den auch für den Richter verbindlichen Gerechtigkeitsvorstellungen. Der Richter muß also sein Ergebnis auf seine "Gemeinverträglichkeit" hin überprüfen. [132]

VI. "Neminem laedere"

Das UWG von 1896 und insbesondere § 1 des UWG von 1909 waren in unmittelbarer Anlehnung an die "action en concurrence déloyale" geschaffen worden. Der Begriff "unlauterer Wettbewerb" ist nur eine Übersetzung des französischen Rechtsbegriffs "concurrence déloyale". Die "action en concurrence déloyale" ist aus dem allgemeinen Deliktsrecht der Art. 1382, 1383 Code civil entwickelt worden [133], die von einem grundsätzlichen Schädigungsverbot ausgehen. [134]

---

130) BREITHAUPT, JZ 1964, 283; siehe aber ARZT, aaO, S. 74 ff.; Zur Gleichsetzung von "Volksbewußtsein" und Anstandsgefühl des entscheidenden Richters: ARZT, aaO, S. 5 ff., 14;

131) DROSTE, WRP 1965, 38; BAUMBACH, JW 1930, 1643: "Letzten Endes entscheidet das Anstandsgefühl älterer Richter in hoher Stellung, die das praktische Geschäftsleben ganz überwiegend nie kennengelernt haben"; Fr. BÖHM, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 199; NERRETER, Grundlagen S. 36; ULMER-REIMER, aaO, S. 39;

132) ARZT, aaO, S. 79;

133) Neuere Ansichten wollen die Klage wegen unlauteren Wettbewerbs von Art. 1382, 1383 Code civil lösen. Nach Escara handelt es sich um ein selbständiges Rechtsinstitut. Dagegen sieht Roubier in ihr eine zivilrechtliche Haftungsklage eigener Art. Dazu KUHNA, Die Klage wegen unlauteren Wettbewerbs im französischen Recht. Diss. Münster, 1965, S. 20 ff., 39 f.; SPRÜNGLI, Der unlautere Wettbewerb. Diss. Zürich 1955, S. 20 f.;

134) ELSTER, Gewerblicher Rechtsschutz, 1921, S. 250;

Nach französischem Recht ist jede Wettbewerbshandlung unlauter, wenn sie nicht von dem Recht der Mitbewerbung gedeckt ist. [135]

Im Bericht der VI. Kommission zur Vorbereitung des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs wurde auch noch auf den mit dem französischen Recht übereinstimmenden, im gemeinen Recht geltenden Rechtsgrundsatz des POMPONIUS hingewiesen, daß "hoc natura acquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem". [136] Bei der Schaffung des UWG ging man also von dem moralischen Grundsatz aus, daß niemand einem anderen Schaden zufügen dürfe, soweit er nicht dazu berechtigt ist; unlauter ist der Wettbewerb, wenn durch ihn andere geschädigt werden, ohne daß dazu ein Recht besteht.

Aus diesen gesetzgeberischen Motiven zum UWG lassen sich für die Auslegung des Begriffs der "guten Sitten" i. S. v. § 1 des UWG von 1909 folgende Schlüsse ziehen:

Das ethische Prinzip des "neminem laedere" [137] fordert grundsätzliche Rücksichtnahme auf die Interessen der Mitbewerber. [138] SIMITIS spricht davon, daß das ethische Prinzip des "Du sollst nicht töten" auf das Gebiet der Wirtschaft übertragen wird. [139]

Ausgangspunkt für die moralische Bewertung einer Wettbewerbshandlung ist also ein grundsätzliches Schädigungsverbot. Insoweit besteht kein Unterschied zum Recht der unerlaubten Handlung, dem das Recht des unlauteren Wettbewerbs wie im französischen Recht systematisch zuzurechnen ist. [140]

Die Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung entfällt jedoch, wenn die schädigende Wettbewerbshandlung durch ein Recht gerechtfertigt ist. "Qui iure suo utitur, neminem laedit". [141] Auch insoweit fügt sich das Recht des unlauteren Wettbewerbs wie im französischen Recht dogmatisch mühelos in das Recht der unerlaubten Handlung.

---

135) Otto MAYER, ZHR 26, (1881), 378;

136) LOBE III, S. 158 ff., 159 f.; vgl. O. MAYER, aaO, S. 369;

137) Vgl. G. JELLINEK, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl. 1908, S. 51; Martin KOHLER, Das Verbrechen des unlauteren Wettbewerbs, S. 19 f.; H. R. HORN, Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, 1962, S. 51; SPENDEL, Festschrift f. Fritz v. Hippel, 1967, S. 496, 508;

138) HUBMANN, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 242;

139) K. SIMITIS, Gute Sitten und ordre public, S. 24;

140) a. A. Kamen TROLLER, Das IPR des unlauteren Wettbewerbs, S. 27;

141) Vgl. ELSTER, aaO, S. 249; SPRÜNGLI, aaO, S. 137;

Lassen sich Inhalt und Grenzen der Wettbewerbsfreiheit und des Rechts der Mitbewerbung ermitteln, so ist damit gleichzeitig die Grenzlinie zwischen lauterem und unlauterem (sittenwidrigem) Wettbewerb festgelegt. Eine Wettbewerbshandlung, die nicht durch die Wettbewerbsfreiheit und das Recht der Mitbewerbung gedeckt ist, berührt die Interessen anderer Wettbewerbsteilnehmer zwangsläufig. Das folgt aus dem Wesen des Wettbewerbs. Damit verstößt sie aber als nicht gerechtfertigter Eingriff in schutzwürdige und geschützte Interessen anderer gegen die guten Sitten. Inhalt und Umfang des Rechts, Dritte durch Wettbewerbshandlungen schädigen zu dürfen, ergibt sich aus der jeweils geltenden Wettbewerbsordnung. Diese ist keine natürliche Ordnung, wie man im 19. Jahrhundert annahm. [142] Vielmehr ist der Wettbewerb eine "staatliche Veranstaltung" [143] Nur soweit sich Wettbewerbshandlungen im Rahmen der für die Auslegung der guten Sitten maßgeblichen Rechtsmoral halten, ist die Beeinträchtigung fremder Interessen durch sie gerechtfertigt.
Die Grenzen der Wettbewerbsfreiheit ergeben sich aus den speziellen Vorschriften und den allgemeinen Prinzipien der geltenden Wettbewerbsordnung.

Dogmatischer Ausgangspunkt für die Auslegung des Begriffs der guten Sitten ist also das ethische Prinzip des "neminem laedere". Nur soweit die Beeinträchtigung fremder Interessen durch die Wettbewerbsordnung gerechtfertigt ist, hält sich eine Wettbewerbshandlung im Rahmen dessen, was gute Sitte sein soll. Diesen dogmatischen Ausgangspunkt, der sich aus den Motiven zum UWG und besonders aus der Anlehnung des UWG an das französische Recht gegen den unlauteren Wettbewerb ergibt, verkennt die h. M., wenn sie einerseits auf den allgemeingültigen Satz verweist, daß nicht alle rechtswidrigen Handlungen sittenwidrig sind (Verhältnis von § 134 BGB zu § 138 I BGB) [144], und andererseits aus dem Wesen des Wettbewerbs ableitet, daß die Schädigung von Mitbewerbern keine Sittenwidrigkeit begründet [145], um anschließend nach besonderen, die Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbshandlung begründenden Umständen zu suchen.

---

142) BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Allg. Anm. 66;

143) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO; Fr. BÖHM, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 109 ff., 111, 260 ff.; Eb. GÜNTHER MA 1961, 273; MEYER-CORDING, WuW 1962, 462; MIKSCH, Wettbewerb als Aufgabe, 1947, S. 11 ff.; RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 109;

144) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG Anm. 85 ff., 92, 97, § 1 UWG Anm. 342;

145) BGHZ 23, 365 ff., 370; RGZ 134, 347; BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO, Einl. UWG Anm. 69; HEINTZELER, Preisunterbietung, S. 30 Fußn. 2; RINCK, Festschrift OLG Celle, S. 153; TROLLER, aaO, S. 27;

Grundsatz ist nicht, daß alle Wettbewerbshandlungen zulässig sind, soweit nicht besondere Umstände die Sittenwidrigkeit begründen, sondern umgekehrt: alle Wettbewerbshandlungen, die zwangsläufig die Interessen Dritter beeinträchtigen, sind grundsätzlich nach dem moralischen Grundsatz des "neminem laedere" unlauter und sittenwidrig, soweit sie nicht durch die Wettbewerbsordnung und die ihr zugrundeliegende Interessenwertung gerechtfertigt sind. [146)]

VII. Ergebnis:

Weder der Wortlaut noch der unmittelbare Sinnzusammenhang von § 1 UWG geben Auskunft darüber, wie der Begriff der guten Sitten in § 1 UWG auszulegen ist. Deshalb war es gerechtfertigt, auf die Motive zum UWG von 1896 und von 1909 zurückzugreifen. Diese zeigten, daß es für die Auslegung des Begriffs der guten Sitten nicht auf ein "ethisches Minimum" oder eine "sozialethische Mittellage" - Begriffe, die selbst erst einer näheren Umschreibung bedürfen - ankommen kann und daß nicht nur die Fälle grober Unanständigkeit im Wettbewerb von § 1 UWG erfaßt werden sollen. Vielmehr ergibt sich der Inhalt der guten Sitten im Wettbewerb aus den Vorschriften und Grundsätzen der Wettbewerbsordnung. Diese gibt die Maßstäbe für eine im Sinne unserer Rechtsordnung gerechte und billige Interessenwertung und Interessenabwägung. Nur soweit die Wettbewerbsordnung das Recht zum Wettbewerb einräumt, sind Eingriffe in die Interessen Dritter am Wettbewerb Beteiligter gerechtfertigt. Auf diese Weise kommt der Generalklausel des § 1 UWG die umfassende Bedeutung zu, die bei ihrer Schaffung im Jahre 1909 bezweckt worden war.

Ebenso wie der Begriff der Unlauterkeit ist also auch der der Sittenwidrigkeit in einem weiten Sinne zu verstehen. Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb sind dasselbe. [147)]
Vom Begriff des "sittenwidrigen Wettbewerbs" her ergibt sich damit ein weiterer Beweis dafür, daß der Begriff des "unlauteren Wettbewerbs" im allgemeinen Wettbewerbsrecht in der umfassenden Bedeutung zu verstehen ist, wie ihn das UWG in der Gesetzesüberschrift gebraucht. § 1 UWG hat die Funktion einer umfassenden Generalklausel gegen alle Formen unlauteren Wettbewerbs.

---

146) Auf das sich aus diesem Grundsatz ergebende prozessuale Problem der Beweislast kann hier nicht eingegangen werden.

147) Eine andere Frage ist es, inwieweit die Anwendbarkeit der Generalklausel des § 1 UWG durch die speziellen Vorschriften des Wettbewerbsrechts aus Gründen der Spezialität ausgeschlossen ist.

Da die Vorschriften und Grundsätze der Wettbewerbsordnung den Inhalt der guten Wettbewerbssitten bestimmen und da die Wettbewerbsordnung nicht nur durch die Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts sondern auch durch die des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen entscheidend mitbestimmt wird, macht die hier vertretene Interpretation des Begriffs der "guten Sitten" auch die Entwicklung eines spezifisch kartellrechtlichen Lauterkeitsbegriffs für § 28 II GWB entbehrlich und gewährleistet damit einen einheitlichen Rechtsbegriff des "unlauteren Wettbewerbs" in unserer Wettbewerbsordnung [148]. Der Begriff "unlauterer Wettbewerb" in § 28 II GWB ist im rechtstechnischen Sinne des UWG gebraucht. [149] Wegen der qualitativen Gleichartigkeit bestimmen aber auch die übrigen wettbewerbsregelnden Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs.

Der Entwicklung eines spezifisch kartellrechtlichen Lauterkeitsbegriffs wollte wohl das BKartA von Anfang an begegnen, wenn es immer wieder darauf hinwies, daß es sich bei dem Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" um einen anerkannten Rechtsbegriff des allgemeinen Wettbewerbsrechts handle. Einen Ansatz zur Entwicklung eines spezifisch kartellrechtlichen Lauterkeitsbegriffs kann man auch nicht in dem Beschluß des BKartA vom 18.3.1963 über die Eintragung der Wettbewerbsregeln des Kraftfahrzeugshandels sehen, [150] wenn es dort in ausführlicher Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung ("Hellegold-Motiv") unter ständigem Hinweis auf die "Zielsetzung des GWB" [151] und die "im GWB verankerten Grundvorstellungen über Wesen und Funktion des Wettbewerbs" [152] die wahre und sachliche vergleichende Werbung für zulässig erachtet. Das BKartA trägt in diesem Beschluß lediglich der Erkenntnis Rechnung, daß der Erlaß neuer Gesetze zu einem Wandel der Rechtsmoral führen kann, wenn die neuen Vorschriften ethischen Gehalt haben, und daß das GWB nicht nur wirtschaftspolitisch ausgerichtet ist, [153] im Gegensatz zum UWG, das angeblich wirtschaftspolitisch

---

148) Vgl. REIMANN, WuW 1957, 623;

149) a. A. BENKENDORFF, WuW 1958, 420;

150) BKartA WuW/E/BKartA 609 ff.;

151) BKartA aaO, 609;

152) BKartA aaO, 622;

153) So aber die h. M.: ANTONI BB 1962, 1172; BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl. Allg. Anm. 77 f.; FRANKF. KOMM. Einl. D TZ 46; FRANZEN, GemK. Anm. 7 vor §§ 28 ff. u. § 28 GWB Anm. 25; KOENIGS, GRUR 1958, 590; ders. NJW 1961, 1041; LANGEN, KartG., Einf. Anm. 14 f; RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 143; G. SCHWARTZ, GRUR 1967, 334; ders. in Festschrift für Ficker, 1967, S. 414, 435;

neutral ist und dem es nur um die Durchsetzung der Lauterkeit und ethischer Grundsätze im Wettbewerb geht. [154]

Auch wirtschaftspolitisch orientierte Vorschriften müssen nicht bloße Zweckmäßigkeitsentscheidungen sein. Vielmehr geht es auch bei der Ordnung der Wirtschaft um sittliche Werte. [155] Das GWB ist sozialethisch orientiert [156], und damit geeignet, die Wettbewerbsmoral zu beeinflussen. Es dient der Verwirklichung einer Wettbewerbsordnung. [157] So wurde das GWB auch im Regierungsentwurf verstanden, wo man nur deshalb von Strafmaßnahmen absah, weil "weder in der deutschen Öffentlichkeit noch in den beteiligten Wirtschaftskreisen ... bisher ein lebendiges Gefühl dafür verbreitet (ist), daß wettbewerbsbeschränkende Verträge und Geschäftspraktiken unerlaubt und ethisch verwerflich seien ... Spätere Zeiten, denen der Gedanke des freien Wettbewerbs lebendiger und werterfüllter scheinen wird ... mögen die Ordnungswidrigkeiten zu echten Straftaten verschärfen". [158]

Da bei der Ermittlung der guten Sitten nach § 1 UWG auch die vom GWB geschützten Interessen und Rechtswerte mitzuberücksichtigen sind, läßt sich auch insoweit eine Antinomie von UWG und GWB (Einzelinteressen - Allgemeininteresse, öffentliches Interesse), die einen spezifisch kartellrechtlichen Lauterkeitsbegriff rechtfertigen könnte, nicht halten.

---

154) ANTONI, aaO; BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO; Allg. Anm. 80; FRANZEN, aaO; HEFERMEHL, Festschrift für Nipperdey, 1955, S. 183, 287 Fußnote 1; v. HARDER, GRUR 1962, 442; KOENIGS, aaO; LANGEN, aaO; G. SCHWARTZ, aaO;

155) BALLERSTEDT, Festschrift für Franz Böhm, S. 180, 184;

156) W. STRAUSS, Entwicklung und Probleme des heutigen Wirtschaftsrechts, 1957, S. 25; Klaus VOGEL, JZ 1958, 112;

157) BIEDENKOPF, Aktuelle Grundsatzfragen, S. 23, 26 f.; EUCKEN, Wirtschaftspolitik, S. 370; Kl. WAGNER, Die Diskussion über ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Westdeutschland nach 1945, 1956, S. 11 f.;

158) Begr. Reg. Entw. GWB B II GemK. 1. Aufl. 1070;

ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNIS

I. Lauterkeitsbezug

a. Lauterkeitsregeln nach § 28 II 1 GWB

Die Lauterkeitsregeln nach § 28 II 1 GWB haben den Zweck, unlauteres Verhalten im Wettbewerb zu verhindern und die Lauterkeit im Wettbewerb zu fördern. Die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs bestimmen den zulässigen Inhalt der Lauterkeitsregeln. Es genügt jedoch ein mittelbarer Lauterkeitsbezug, d.h. die Lauterkeitsregeln sind nicht darauf beschränkt, nur unlauteres Verhalten zu untersagen, sie dürfen auch (noch) lauteren Wettbewerb beschränken, wenn dies geeignet ist die Lauterkeit im Wettbewerb zu fördern. Dem steht auch § 1 GWB nicht entgegen (§ 29 GWB). Wettbewerbsregeln nach § 28 II 1 GWB dürfen lautere Wettbewerbshandlungen verbieten die sich im Vorfeld der Unlauterkeit befinden und die die Tendenz zur Unlauterkeit in sich tragen.
Insbesondere im Bereich der "grauen Zone des Zweifels" sollen die Lauterkeitsregeln den Gewerbetreibenden einer Branche feste Anhaltspunkte für ihr Verhalten geben, um Wettbewerbsverzerrungen und unnötige Prozesse zu vermeiden.

b. Wettbewerbsförderungsregeln nach § 28 II 2 GWB

Die Wettbewerbsförderungsregeln nach § 28 II 2 GWB haben den Zweck, den Wettbewerb anzuregen, nicht aber den Zweck, die Lauterkeit zu fördern. Sie sind nicht "lauterkeitsbezogen". Die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs bestimmen lediglich die Grenzen, innerhalb derer der Wettbewerb gefördert werden darf. Durch Anregung zu unlauterem Verhalten - z.B. zu unzulässigen Preisunterbietungen, zu Durchbrechungen von lückenlosen Preisbindungen - darf der Wettbewerb nicht gefördert werden.

II. Die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs"

Einen anerkannten Rechtsbegriff der "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" kennt unsere Rechtsordnung nicht. Da es aber zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb i.S.d. allgemeinen Wettbewerbsrechts keinen lauterkeitsneutralen Zwischenbereich der grauen Zone gibt bestimmen die Grenzen des unlauteren Wettbewerbs zugleich positiv die der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs.

Maßgeblich ist der Begriff des "unlauteren Wettbewerbs" in dem Sinne, wie ihn das UWG in seiner Überschrift verwendet: Unlauter sind alle Wettbewerbshandlungen, die gegen die speziellen wettbewerbsregelnden Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts und gegen die guten Sitten im Wettbewerb verstoßen.

Wie der Begriff der Unlauterkeit ist auch der der Sittenwidrigkeit in einem weiten Sinne zu verstehen. Seinen Inhalt, der durch eine Interessenabwägung zu ermitteln ist, bestimmen die Vorschriften und Grundsätze der Wettbewerbsordnung.

§ 28 II GWB kennt keinen spezifisch kartellrechtlichen Lauterkeitsbegriff. Auch die Grundvorstellungen und Zielsetzungen des GWB sind bei der Ermittlung der guten Wettbewerbssitten zu berücksichtigen.

L E B E N S L A U F

Am 2. Juni 1941 wurde ich als Sohn des Arztes Dr. med., Dr. rer. nat. Hans Sack und seiner Ehefrau Alice, geb. Deuringer, in Erlangen geboren.
Ich bin deutscher Staatsangehöriger.
Von 1947 - 1951 besuchte ich in Erlangen die Volksschule und anschließend das Gymnasium Fridericianum in Erlangen, das ich mit dem Reifezeugnis vom 13. Juli 1960 verließ.
Im Wintersemester 1960/61 begann ich an der Universität Erlangen das Studium der Rechtswissenschaft und Volkswirtschaft, das ich im Sommersemester 1962 für zwei Semester an der Universität Tübingen fortsetzte. Im Sommersemester 1963 war ich an der Universität Erlangen für das Fach Rechtswissenschaft eingeschrieben. Vom Wintersemester 1963/64 an studierte ich an der Universität Tübingen Rechtswissenschaft und beendete das juristische Studium am 13. November 1965 mit der Ersten juristischen Staatsprüfung.
Vom Sommersemester 1965 bis zum Wintersemester 1966/67 studierte ich an der Universität Tübingen, im Sommersemester 1967 an der Ruhr-Universität Bochum Wirtschaftswissenschaften.
Vom 1. März 1967 bis zum 30. August 1967 war ich an der Ruhr-Universität Bochum Verwalter einer wissenschaftlichen Assistentenstelle.
Seit dem 16. September 1967 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg.